

**Función de la lex artis como parámetro para evaluar el acto médico dentro de los procesos  
de responsabilidad civil en Colombia**



**Danilo De Jesús Sandoval Arraut**

**Tutora:**

**Laura Carrasquilla Díaz**

**Cotutor:**

**Milton Arrieta Lopez**

**Universidad De La Costa**

**Departamento de Derecho Y Ciencias Políticas**

**Facultad De Derecho**

**Barranquilla**

**2018**

**Función de la lex artis como parámetro para evaluar el acto médico dentro de los procesos  
de responsabilidad civil en colombia**



**Danilo De Jesús Sandoval Arraut**

**Universidad De La Costa**

**Departamento de Derecho Y Ciencias Políticas**

**Facultad De Derecho**

**Barranquilla**

**2018**

### **Agradecimientos**

A mi madre, a Saúl y a Mayra, por sus apoyos y paciencia.

A Brutus, por su silenciosa compañía en las madrugadas de trabajo.

### Resumen

La generación de daños, como consecuencia de los actos médicos que no cumplen con los estándares establecidos por la técnica y que se causan dentro del proceso de la concreción de la relación médico – paciente, ha conducido a una trascendencia, cada vez más profunda dentro del contexto jurídico, lo cual, a su vez, ha conllevado al empleo recurrente del término *lex artis* dentro de las controversias judiciales de responsabilidad civil médica; no obstante, es imperioso acceder a la verdadera naturaleza de esta noción, desde su origen histórico y etimológico, de manera que su uso sea exacto, discerniéndolo de otros conceptos relacionados, de los que lo integran o de los que se derivan de éste. De esta forma, surge la idea que el concepto de *lex artis* debe ser empleado de una forma respetuosa del concepto de técnica médica y de manera adecuada respecto de la estructura del sistema de responsabilidad civil en Colombia. En ese sentido, también, es importante precisar su espectro de aplicación; es decir, determinar si su uso práctico es propio de la parcela del elemento culpa, en el caso de la responsabilidad civil, o si trasciende al resto de las secciones de la responsabilidad patrimonial. Estos aspectos, referidos en esta investigación, conducirán a la determinación clara de qué es la *lex artis*, cuando es necesario recurrir a ella, qué función debe cumplir dentro de los procesos judiciales civiles y cómo se demuestra su cumplimiento o incumplimiento, partiendo de las aproximaciones al tema que ha hecho la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en materia de responsabilidad patrimonial, de las disposiciones legales relacionadas con el ejercicio de la profesión médica y el desarrollo de la doctrina nacional y foránea entorno a esta noción.

**Palabras Clave:** responsabilidad civil, responsabilidad patrimonial, *lex artis*, técnica médica, culpa, función, procesos judiciales, acto médico

**Abstract**

Generation of damages, because of medical acts which don't comply the standards established by medical technique and which are inflicted within the process of materialization of the relationship physician - patient, has led to a greater significance deeper on the legal context, which is the use of the term "lex artis" in the medical civil liability lawsuits. However, it is imperative to access to the true nature of this notion, from the historical and etymological outset, so its use would be accurate, and distinguished from other associated concepts, of which make it up, or are derived of it. In that way, appears the idea that the concept lex artis must be employed in a manner consistent with the concept of the medical technique and properly manner as regards of the structure of Colombian civil liability system. Therefore it needs to be specify its spectrum for implement it; that is, to determine if your practical use its inherent of the ground of fault element, in the case of the liability arising, or if it transcend to all the other sections of pecuniary liability. These aspects, referred in this research, will lead to the clear determination of what is lex artis, when is necessary to appeal, which function comply within the civil judicial processes and how is it demonstrated its compliance or not compliance, starting from approaches that is made the Corte Suprema de Justicia to this issue and the Consejo de Estado in terms of pecuniary responsibility, at the provisions of law in relation to the exercising the medical profession and from the development of national and foreign doctrine.

**Key words:** Liability arising, pecuniary responsibility, lex artis, medical technique, fault, function, judicial processes. medical act

## Contenido

Agradecimientos .....	3
Introducción .....	9
Capítulo I .....	12
1.1. Planteamiento del problema.....	12
1.2. Objetivos .....	13
1.2.1. Objetivo general.....	13
1.2.2. Objetivos Específicos.....	13
1.3. Justificación .....	13
1.3.1. Justificación teórica .....	13
1.3.2. Justificación práctica.....	14
1.4. Delimitación.....	14
1.4.1. Espacial .....	14
1.4.2. Temporal .....	14
Capítulo II .....	15
2.1. Marco Teórico.....	15
2.1.1. La responsabilidad patrimonial: escenario de la actividad médica.....	15
2.1.2. Concepto de Responsabilidad Civil .....	17
2.1.3. Tipos de responsabilidad civil .....	19
2.1.3.1. Responsabilidad civil Extracontractual.....	19
2.1.3.2. Responsabilidad Civil Contractual .....	20
2.2. Elementos comunes de la responsabilidad civil.....	20
2.2.1. El daño .....	20
Por otro lado, se pueden especificar las entidades y elementos que son susceptibles de generación de daño: .....	21
2.2.2. El nexo causal .....	23
2.2.3. La culpa.....	26
• Presupuestos de la conducta que conlleva la culpa culposa. ....	27
2.3. Concepto de responsabilidad patrimonial del Estado .....	29
2.4. Títulos de imputación como elemento estructurante de la responsabilidad patrimonial del Estado.....	32
2.5. Teorías de estructuración de la responsabilidad .....	32

2.6. Concepto y desarrollo histórico de la lex artis .....	33
2.6.1. Concepto de lex artis.....	33
2.6.2. Desarrollo histórico del concepto lex artis.....	35
Capítulo III .....	178
3.1. Conclusiones y recomendaciones.....	178
Conclusiones .....	178
Recomendaciones .....	181
Referencias.....	182

**Lista de figuras**

<b>Figura 2.1</b> Esquema estructural del sistema de responsabilidad civil y ubicación de la lex artis en su interior	<b>63</b>
<b>Figura 2.2</b> Esquema conceptual de la lex artis médica	<b>178</b>



## Introducción

La medicina, es una ciencia que se caracteriza, en palabras de Aguilera (1971) por un eterno dinamismo. Esta característica implica que el conocimiento aplicable a su ejercicio sea cambiante a través del tiempo, conforme a los nuevos hallazgos que genera la actividad investigativa de las ciencias de la salud. De manera que ese conocimiento aplicable y acumulado por la labor investigativa, conlleva una sujeción o ceñimiento por parte de los galenos a lo conocido dentro del oficio médico; de lo cual se colige el concepto de regla, como aquella que indica lo que es admisible.

De lo anterior, se colige que el ejercicio de la medicina se encuentra sujeto a reglas que orientan la habilidad para ejercerla; definida la habilidad por la RAE (2001), como la capacidad o disposición para algo. Consecuentemente, el acercamiento entre el concepto habilidad y el de reglas, darán paso a lo que denominaban los griegos como *téchne*, término conocido en el español como técnica, y que también se traduce frecuentemente como arte. Esta breve secuencia, que deriva en el concepto de arte, nos indica el camino que se ha transcurrido en el lenguaje para llegar a lo que se conoce actualmente con el latinismo *lex artis*.

Así, dentro del primer capítulo, con el fin de procurarle una precisión contextual al lector, abarcaremos lo que comprende el ámbito general de la responsabilidad patrimonial, entendiéndola como aquella dirigida a procurar el restablecimiento de las circunstancias previas al daño causado sobre determinados bienes protegidos jurídicamente, utilizando el patrimonio como vehículo de reparación. Así, se tendrá en cuenta la responsabilidad civil como un primer escenario de la responsabilidad patrimonial, y, seguidamente, como segundo escenario, derivaremos en el de la responsabilidad patrimonial del estado, teniendo en cuenta que a pesar

que este trabajo se titula con una orientación al primer tipo de responsabilidad patrimonial, se consideró pertinente tratar la del Estado para los efectos de poder consolidar el conocimiento tendiente a determinar la función de la lex artis y, posteriormente, otros aspectos que implican la prueba de ésta .

En el segundo capítulo de esta investigación, para nuestro estudio del tema que pretendemos abordar mediante la presente investigación, haremos referencia al concepto de lex artis y a su desarrollo histórico hasta llegar a la contemporaneidad, lo cual nos permitirá entender los estadios por los que ha discurrido su contenido y las razones que sustentan su significado.

Terminado el estudio histórico, nos dedicaremos a tratar la definición de los conceptos relacionados y que la fundamentan, cuya comprensión se hace indispensable para un correcto entendimiento, para su distinción y conseguir una precisión conceptual sobre lo que comprende y lo que no comprende la lex artis. Por tanto, haremos referencia a la trascendencia del concepto para la actividad médica, por lo que haremos una revisión a la ciencia, la técnica, el arte y a las reglas, desarrollando cada uno de estos con perspectiva médica - jurídica, hasta llegar a la estructuración de una noción íntegra y vigente de la lex artis médica en Colombia, considerando las distintas ópticas de la doctrina.

Dentro de las cuestiones que suscita la necesidad de precisar el concepto de la lex artis, se encuentra la de diferenciarla del de lex artis ad hoc, inquietud que resulta del uso indiscriminado que le ha dado la doctrina sin establecer distinciones, relaciones o una eventual equivalencia entre los dos.

También, se realizará un parangón entre dos conceptos relacionados, el de lex artis y el de indicación, señalando las diferencias existentes entre uno y otro, y así delimitar cada uno. Y, por otro lado, una descripción de la contraposición existente entre la Lex artis y la mala praxis.

En ese orden, el tercer capítulo de esta investigación se dedicará a estudiar los fundamentos y aspectos estructuralmente vinculados con la lex artis, como elemento integrante de la responsabilidad civil médica.

De esa forma, este aparte atenderá la relación médico – paciente, como escenario en el que se generan conflictos que trascienden al ámbito jurídico por inobservancia de las reglas del arte.

Consecuentemente, se estudiará la importancia del consentimiento informado y la historia clínica como actos médicos que se encuentran sumidos en las reglas de la lex artis y que a la vez registran su cumplimiento o incumplimiento.

Así, el análisis de la lex artis médica en el contexto de la responsabilidad civil derivará en determinar el lugar que ocupa dentro del esquema de la responsabilidad civil médica y su relación con cada una de las modalidades de culpa culposa con la ley del arte, por lo cual se hará una revisión jurisprudencial y doctrinal del tema.

En el último capítulo, nos encargaremos de lo atinente a las funciones de la lex artis dentro de los procesos de responsabilidad civil médica en Colombia, para lo cual nos remitiremos a la doctrina colombiana y foránea, con el objeto de confirmar, como resultado, si mantiene unas características uniformes, y, en ese orden de ideas, principalmente, nos dirigiremos a analizar las funciones que se le atribuyen a las reglas técnicas del arte médico.

Finalmente, se revisará cómo se comprueba la sujeción del acto médico a la lex artis según el ordenamiento jurídico colombiano, es decir a quién corresponde la carga de su prueba, las fuentes o agentes que acreditan su cumplimiento o su incumplimiento y los medios de prueba a través de los que se verifica su aplicación dentro de los procesos judiciales.

## Capítulo I

### 1.1. Planteamiento del problema

Entendida la estandarización de la actividad médica a través del concepto de la lex artis, y partiendo de su consistencia como un criterio que usaría el juez para establecer si un acto médico es propio de un profesional apto que actúa de manera prudente y diligente, surge la cuestión de identificar las fuentes legítimas y reconocidas para que el juez se instruya, verifique y fundamente su decisión. De esta manera, su escaso conocimiento sobre las ciencias médicas no será óbice para que su decisión sea conforme con criterios técnicos y científicos; situación que inicialmente constituye una posición ventajosa para el profesional que ha empleado mayor tiempo y concentración a dedicarse al estudio de las ciencias médicas. Bajo estos supuestos, el paciente pretenderá que se identifique y constate un incumplimiento; y, por otro lado, el profesional de la salud aspirará a la demostración de su correcto obrar.

En este orden, estos planteamientos suscitan la necesidad de establecer cuáles son las funciones de la lex artis al interior de los procesos judiciales de responsabilidad civil médica, según las fuentes formales del derecho colombiano; intentando derivar la cuestión en una perspectiva práctica dirigida a identificar sus manifestaciones concretas dentro de las actuaciones judiciales. Es así como se procedió a formular la siguiente pregunta problema:

**¿Cuáles son las funciones de la lex artis dentro de los procesos judiciales de responsabilidad civil médica que se desarrollan en Colombia?**

## **1.2. Objetivos**

### **1.2.1. Objetivo general**

Explicar las funciones prácticas de la lex artis dentro de los procesos de responsabilidad civil médica que se desarrollan en Colombia.

### **1.2.2. Objetivos Específicos**

- Identificar las fuentes de consulta en Colombia para revisar si un acto médico se realizó conforme a las reglas técnicas de la medicina.
- Establecer los medios de prueba idóneos para demostrar el cumplimiento de la lex artis.
- Determinar la responsabilidad civil médica en el cumplimiento de la lex artis en Colombia.

## **1.3. Justificación**

### **1.3.1. Justificación teórica**

A pesar que el concepto lex artis es de conocimiento universal, así como lo es la medicina, también es cierto que su implementación es circunstancial. En efecto, como se encuentra sujeto a las circunstancias, esto implica la existencia de variaciones y condiciones, las cuales son producto de un mayor o menor conocimiento científico acumulado en determinado grupo humano, y que conducen a la necesidad de precisar un concepto apropiado, su función, las cualidades, los factores que lo integran y las manifestaciones concretas, según la sociedad en que suceden. Por tanto, la envergadura teórica de esta investigación está determinada por la necesidad de un entendimiento claro y preciso del concepto y las implicaciones de la lex artis dentro del contexto jurídico de la responsabilidad civil médica en Colombia, de forma tal que se

evite su interpretación ambigua o un desarrollo teórico distante de lo que, en realidad y hasta la actualidad, ha sido concebido de manera dispersa dentro de las fuentes principales del derecho.

### **1.3.2. Justificación práctica**

El alcance práctico de esta investigación está determinado por la necesidad de una implementación inequívoca de las reglas técnicas de la medicina dentro del desarrollo de las controversias motivadas por su incumplimiento. Así, con este esfuerzo investigativo se pretende evitar que se incurra en el uso simple e indiscriminado del concepto *lex artis* y de los que ella conlleva, teniendo en cuenta que se demostrará la importancia de establecer la forma adecuada como es pertinente invocar o abordar el concepto de la *lex artis* según su función. Igualmente, como una mayor justificación, se tiene la de establecer cuáles son las manifestaciones concretas de las reglas técnicas de la medicina, que eventualmente pueden servir de objeto de consulta y verificación para el juez y para las partes intervinientes, dirigido al efecto de prevenir que se emplee como un concepto vago y abstracto en la argumentación judicial.

## **1.4. Delimitación**

### **1.4.1. Espacial**

Este estudio se realizó con base en la legislación de Colombia.

### **1.4.2. Temporal**

Las fechas en las cuales se desarrolló esta investigación datan del año 2001 hasta finales del año en curso (2018).

## Capítulo II

### 2.1. Marco Teórico

#### 2.1.1. La responsabilidad patrimonial: escenario de la actividad médica

La Medicina como ciencia ha alcanzado un cúmulo de conocimiento que constantemente es renovado, con el fin de satisfacer las necesidades que implica la ausencia del ideal estado de salud. Así, dentro de la implementación concreta de los procedimientos, tratamientos, cuidados y tecnologías desarrolladas que apuntan a la consecución del estado de salud, los profesionales de esta ciencia se han topado con escollos que derivan en resultados inesperados, los cuales pueden acaecer como consecuencia de una falta del conocimiento inherente a los distintos estadios en que se ha encontrado la medicina con razón de los avances investigativos y experimentales. Como consecuencia, paralelamente, en el ámbito jurídico ha llegado la salud a constituirse en un bien protegido, hasta el punto de ser consagrado como un derecho.

No obstante, para garantizar la protección suficiente, la cual se encuentra limitada en aquellas situaciones que escapan al alcance de los médicos, por encontrarse sujetos a ese límite de lo conocido, ha sido necesario estructurar un sistema tendiente a identificar aquellos actos ejecutados por médicos que sufren la falibilidad humana, entendiendo a estos profesionales como susceptibles de incurrir en errores o actuar en contrariedad a lo preestablecido como correcto por su profesión.

Por tanto, teniendo en cuenta que el médico busca restablecer, a través de sus actos, las condiciones de salud óptimas y esperadas por el paciente y sus interesados, dentro de las posibilidades que le ofrece lo conocido a través de su ciencia y lo experimentado a través del

ejercicio de su técnica, los resultados en que devengan sus actos pueden trascender al plano jurídico. Esto sucedería cuando se concretan una serie de categorías que, ha considerado la ley como necesarias, para determinar si hay lugar a un restablecimiento de las condiciones de normalidad de la salud, o, en el caso fuera del alcance médico posible, de adoptar las acciones tendientes a morigerar los efectos de manera proporcional a las afecciones nocivas que ha sufrido el paciente y quienes se consideran también afectados.

Entonces, la protección que le otorga un ordenamiento jurídico a la salud, como bien jurídico, permite que las afectaciones que se generen sobre el paciente, cuando los resultados son distintos a los esperados, sean considerados dentro del universo jurídico para el efecto de emitir una respuesta que conduzca a restablecer las condiciones de normalidad que han sido degeneradas, eventualmente, por un acto incorrecto efectuado por un profesional de la medicina.

Por otra parte, en el estadio de la humanidad consistente en una sociedad no civilizada, en la que los actos de los hombres se encuentran limitados, disuadidos y correspondidos solamente por los que en respuesta ejecutan otros hombres, se genera una sucesión de actos vulneratorios de los bienes e integridad personal sustentados por el afán de represalias o de ajustes, sin que se concluya cómo se restablece la normalidad perturbada, a quién corresponde hacerlo y a qué cantidad corresponde.

Sin embargo, contrariamente, en otra fase de la humanidad se puede advertir la existencia de un orden dentro de la dimensión jurídica, ubicándonos en el espacio que comprende lo dispuesto como consecuencias, entendidas como respuesta normativa, frente a los actos de los particulares -que eventualmente constituyen hechos jurídicos-, entendidos dentro de la dinámica de la realidad en la que al hombre le es posible actuar sobre la premisa de un libre albedrío; Es decir, la existencia de una oportunidad para que los hombres actúen de forma ilimitada, ante lo



cual surge como único coto el derecho, que puede funcionar con un efecto disuasorio o restablecedor.

No obstante, cabe aclarar, este surgimiento del derecho como elemento limitador de la conducta humana se extiende más allá de las implicaciones que conllevan las actuaciones de un individuo frente a otro, por lo que también se concreta como un elemento limitador de las conductas desplegadas por el Estado sobre los civiles.

Por dichas razones, es pertinente aclarar que este trabajo investigativo se extiende por todo el campo de la responsabilidad patrimonial, esto es desde la responsabilidad civil hasta incursionar en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado, si se tiene en cuenta que los médicos que ejercen su profesión como agentes de dicha institución, también se encuentran sujetos a las mismas reglas técnicas de la medicina que son objeto de estudio.

### **2.1.2. Concepto de Responsabilidad Civil**

Considerando las amplias dimensiones del campo de la realidad susceptible de regulación por el derecho y considerando la variedad de especialidades que se desprenden de éste, entendiendo su acepción como sistema regulador de conductas, surge una sección que se enfoca en los actos de los hombres cuando estos perturban o afectan las circunstancias naturales o normales de otros hombres, la cual se denomina: Responsabilidad civil. Esta consiste en un subregimen del sistema de responsabilidad jurídica, espacio que ocupa a un lado del derecho penal.

Sin embargo, para poder diferenciar un tipo de responsabilidad jurídica del otro, recurrimos a las consideraciones de Henao (1998, p.48), quien menciona, respecto al objeto de la civil, que “el objeto de la responsabilidad civil no es castigar al responsable, sino dejar indemne a la víctima”, con lo cual entendemos que cuando el objeto es *castigar* corresponde a otro tipo de

responsabilidad, como lo es la penal, la cual si busca endilgar castigos siempre que para la dogmática penal la conducta es castigable cuando reúne una serie de requisitos: un acto típico, antijurídico y culpable (Perez, 2017).

Llegado a este punto surge la necesidad de definir la responsabilidad civil, por lo cual recurrimos a la siguiente concepción:

*En general, la responsabilidad civil engloba todos los comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hacen recaer en cabeza de quien lo causó, la obligación de indemnizar. Podemos decir entonces que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños producidos a terceros. Como se ha dicho, ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito, el cuasidelito, o la violación del deber general de prudencia (Tamayo, 2015, p.8).*

También podemos entender la responsabilidad civil como una sección del espectro jurídico destinada a establecer si una persona está obligada a reparar un daño:

*Esta parcela de derecho se ocupa, pues, de los presupuestos que el derecho -que no siempre son de caracteres estrictamente legales o normativos- tiene o debe tener para establecer si una persona determinada está obligada a reparar un daño que le es imputable. En otras palabras, estar obligado a reparar un daño es ser responsable. Así entonces, el derecho de la responsabilidad versa sobre todos aquellos fenómenos en que el derecho establece las condiciones del nacimiento, extinción, etc., de la obligación de reparar un daño (Velásquez, 2009, p. 9).*

Por otra parte, Tamayo (2009, p.23) menciona que la responsabilidad civil es fuente de obligaciones, por cuanto somete a quien ha ocasionado un perjuicio a otro, a reparar las consecuencias de ese daño. Tal persona que resulta obligada a indemnizar es civilmente responsable”.

También, podemos agregar respecto a los presupuestos para que se pueda declarar la existencia de responsabilidad civil:

*“Así las cosas, se observa que en el proceso de responsabilidad se mueven tres elementos distintos: el daño, la imputación del mismo y el deber de reparar. Para que la responsabilidad pueda ser civilmente declarada tienen que estar presentes los tres extremos, pero para que exista basta con que este se dé”* (Henao, 1998, p.30).

### **2.1.3. Tipos de responsabilidad civil**

No obstante, y con ocasión del enfoque de Henao (1998, p. 30), puede advertirse que su concepción atiende a un tipo de responsabilidad más específico, por lo cual es preciso tratar y desarrollar los tipos de responsabilidad civil.

#### **2.1.3.1. Responsabilidad civil Extracontractual**

Un primer tipo de responsabilidad civil, es aquella que surge como consecuencia de la generación de un daño, cuando el acto que le dio lugar corresponde a una conducta calificada como indebida o incorrecta. Por tanto, puede entenderse que cuando una persona sufre un daño a causa de la conducta calificada como indebida o incorrecta, existirá en cabeza del causante la responsabilidad de reparar las secuelas de las afectaciones producidas para restablecer las circunstancias en que se encontraba la víctima antes de dicha perturbación.

### **2.1.3.2. Responsabilidad Civil Contractual**

Como segundo tipo, existe una responsabilidad civil que surge del incumplimiento o cumplimiento irregular de las estipulaciones comprendidas en un contrato, entendido este último como fuente de obligaciones. Por tanto, cuando una de las partes incumple las obligaciones contraídas, eventualmente puede exigir a la otra que efectúe los actos tendientes a satisfacer reparar los daños que ha causado con su incumplimiento o cumplimiento irregular. En este sentido, el elemento que da lugar a la responsabilidad contractual es el incumplimiento o cumplimiento irregular de las obligaciones propias del contrato.

## **2.2. Elementos comunes de la responsabilidad civil**

Sobre la base de lo anterior, y descrita la responsabilidad civil con sus tipos, es necesario referirse a cada uno de los tres elementos comunes a la responsabilidad civil, hora contractual, hora extracontractual, que la integran:

### **2.2.1. El daño**

La facultad de actuar que posee el hombre y, su relación frente a la realidad, hace que las consecuencias de sus actos lleguen hasta los límites previstos por éste o que deriven en otros distintos, situaciones que implican que los actos desmesurados puedan terminar afectando a otros. Es decir, las consecuencias de un acto previsto por una persona pueden devenir en nocivas o positivas, para ella o para otras personas, lo cual implica el concepto de falibilidad, propio de las conductas humanas.

Cuando estos actos realizados se constituyen como nocivos con respecto al mismo generador, no erige ningún tipo de responsabilidad, teniendo en cuenta que corresponde a su propia autonomía de la voluntad. Pero, cuando son ajenos a la voluntad propia y afectan las

circunstancias naturales de las que los terceros disfrutan, se entiende que dichas perturbaciones generan una necesidad de restablecerse a sus condiciones normales, es decir de quedar indemne hasta su última condición previa a la afectación. En ese orden, siendo que el menoscabo de los intereses inquieta negativamente en la percepción del afectado, y no por el acrecentamiento benéfico que puedan experimentar sus circunstancias, se entiende que la necesidad de restablecerse atiende a las causas dañinas. Por tanto, de lo anterior, puede advertirse que las situaciones que generan pretensiones de reparación son aquellas que les causan menoscabo. A estas causas generadoras de afectaciones nocivas se le conoce en el campo de la responsabilidad civil como daño.

Para el efecto de desarrollar esta última consideración, recurrimos a la posición de Tamayo (2015, p. 247) quien plantea que “por daño civilmente indemnizable entendemos el menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima”.

Por parte de Velásquez (2009, p.232), se refiere al concepto de daño citando a Alpa (2006), según el cual “daño es ya, en la conciencia social, ni en la praxis jurisprudencial, ni en las propias intervenciones legislativas, un simple detrimento del patrimonio de la víctima del ilícito: daño es la lesión de un interés protegido y se agota en esto”.

En la perspectiva de Tamayo (2009, p.59), parafraseando a Alessandri (1983), daño es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.

Por otro lado, se pueden especificar las entidades y elementos que son susceptibles de generación de daño:

*“El daño consiste en la afectación total o parcial de un bien incorporal o corporal, como son los derechos a la vida, a la integridad física y síquica de la persona, a los bienes muebles e inmuebles o bienes inmateriales - v.g. derechos de autor-. El daño es un desmedro en la persona como tal, que incluye lo físico y lo síquico, o en sus bienes corporales o incorporales, y que así genera un perjuicio patrimonial o extrapatrimonial”* (Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2009, p. 32).

En sentido de su relevancia, el daño puede ser entendido como indispensable para la declaración de existencia de responsabilidad:

*El daño es, entonces, el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente, torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla del servicio. La razón de ser de esta lógica es simple: si una persona no ha sido dañada no tiene porqué ser favorecida con una condena que no correspondería, sino que iría a enriquecerla sin justa causa. El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil. Estudiarlo en primer término es dar prevalencia a lo esencial en la figura de la responsabilidad”* (Henao, 1998, p.36).

Entonces, manifestada la voluntad a través de conductas o actos, dependiendo de sobre lo que recaiga y produzca efectos, puede ser material o inmaterial, pero con la condición común que ambas son inmanentes al individuo humano, en cuanto a sus componentes corpóreos o los que integran su patrimonio, y, por otra parte, los inmateriales, los cuales componen su condición psíquica.

Así, cuando los actos ejecutados repercuten en ambas porciones del individuo, sea la psíquica y la corpórea, hablamos respecto al hecho eventual que se produzcan afectaciones

nocivas y, éstas pueden trastocar dichas dos partes. Por tanto, como consecuencia, pueden suceder daños materiales, cuando se afecta la existencia física de la víctima del daño o los bienes que integran su patrimonio, y, por otro lado, daños inmateriales, cuando afectan su acervo mental.

Siguiendo el orden planteado, en segundo lugar, es pertinente estudiar la relación entre causa y daño, la cual es ampliamente denominada en la doctrina como nexo causal.

### **2.2.2. El nexo causal**

Si bien es cierto que el daño resulta el factor primario y de carácter toral en la estructuración de la responsabilidad, también lo es que, pueden ocurrir casos en los que exista un daño sin que haya un acto al que atribuírselo; por ejemplo, el daño autoinfligido, el daño causado por fenómenos naturales, el daño causado por un animal silvestre, etc.

Entonces, el nexo causal pretende establecer la conexión de determinado daño causado con cierta conducta considerada como causante y, a la vez, como jurídicamente susceptible de consideración. Por tanto, es probable que la relación buscada sea una directa o indirecta entre el daño y el autor de la conducta. De esta forma, inevitablemente, se genera una conexión inmediata con quien ejecuta la conducta que causa el daño.

Consecuentemente, la causalidad que para el efecto se pretende establecer es la de carácter jurídico y no la física. En ese sentido lo describe Tamayo (2015, p.249), cuando señala que:

*“El concepto de causalidad jurídica no siempre concuerda con el de causalidad física. Eso explica las dificultades que la causalidad plantea en materia jurídica. En efecto, causalidad jurídica significa que el hecho le es imputable jurídicamente al demandado. Ahora bien, en no pocas oportunidades la causalidad física constituye al mismo tiempo*

*causalidad jurídica. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando una persona causa una lesión a otra en forma dolosa. En tales circunstancias, existe tanto causalidad jurídica como causalidad física.*

*Puede suceder que, aunque haya causalidad física no haya, sin embargo, causalidad jurídica. En efecto, el derecho de la responsabilidad civil tiene establecido que cuando el agente causa el daño físicamente, pero su conducta está determinada por una causa extraña, estaremos frente a la ruptura del nexo causal y, por tanto, se considera que jurídicamente el daño no ha sido causado por el agente. Así, por ejemplo, si una persona lesiona a otra porque un tercero en forma imprevisible e irresistible lo ha lanzado contra la víctima, es claro que la causa física última de la lesión es el cuerpo de quien fue empujado. Sin embargo, para efectos jurídico se acepta que el único causante del daño fue quien lanzó a esta persona contra la víctima.*

*Finalmente, puede haber causalidad jurídica o moral, aunque no haya causalidad física”.*

También, sobre este concepto ha planteado la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (2009, p.49) estableciendo que consiste en una conexión consecuencial entre el daño y el hecho que se atribuirá al victimario como autor, eventualmente, culpable:

*“Este elemento se refiere a la relación de conexión, de causalidad o enlace, que debe existir entre el hecho y el daño, esto es, los elementos de la responsabilidad antes estudiados, ya que, para estructurarse la responsabilidad, el daño debe ser el resultado o la consecuencia del hecho. Dicho, al contrario, ese hecho o conducta culpable o riesgosa, debe ser la causa del daño. Naturalmente que esa relación de*



*causalidad debe acreditarse en el proceso, ya que de lo contrario no podría nacer la obligación de reparación que es propia de la responsabilidad”.*

Sobre este elemento y su imprescindibilidad de ser probado, expone Tamayo (2009, p.99) que:

*“Hay algo elemental y obvio: para poder condenar a una persona a reparar el perjuicio que reclama un demandante, deberá demostrarse la existencia de un vínculo causal entre tal perjuicio y el hecho o culpa del demandado. Deberá aparecer en forma clara que el hecho generador de responsabilidad (culpa o actividad del demandado), es la causa y que el daño sufrido por la víctima es el efecto. Se tendrá así el vínculo de causa a efecto o relación de causalidad. La necesidad de la relación de causalidad se desprende claramente de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil. Según el Artículo 2341: “El que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización”.*

Por otro lado, sobre la preponderancia del nexo de causalidad en la declaración de existencia de responsabilidad, el mismo autor manifiesta:

*“Es necesario entonces que el perjuicio pueda atribuirse al hecho o a la culpa (o en general a la actividad) del demandado en responsabilidad civil. Si ese vínculo causal no puede demostrarse o si, por el contrario, se descubre un origen del perjuicio totalmente distinto a la actividad del demandado, es claro que este no será responsable”* (Tamayo, p.100).

Considerado lo anterior, es preciso anotar que somos partidarios del estudio de la responsabilidad civil desde la secuencia que inicia con el daño, luego continua con la culpa y,

finalmente, termina con el nexos causal, por lo cual derivamos en una coincidencia con la posición compartida que se puede apreciar e inferir del orden de estudio abordado por la doctrina de Tamayo (2015), Tamayo (2009) y, además, de Henao (1998), los cuales ubican el nexos causal como último elemento estructurante de responsabilidad a probar. Desde nuestra perspectiva, así se puede tener la posibilidad de descartar responsabilidad de manera gradual y anticipada; De lo contrario, por ejemplo, si se postergara el estudio del daño para el final de la análisis estructural, se estudiaría en vano la conducta y su relación con el hecho al que se atribuye afectación.

### **2.2.3. La culpa**

Una vez estructural el daño como causado y, el nexos causal encontrado como existente entre la conducta constatada como desplegada y la afectación ocasionada, debe revisarse si dicha conducta adolece de algún carácter subjetivo de índole negativa que derivó en la generación del daño y que se habría evitado si no se encontrara viciada. Es así como se puede hallar que el origen subjetivo del daño ocasionado, puede derivarse de desvaríos sobre la parte intencional de la conducta del individuo causante de daños a la víctima, que se manifiestan en 2 formas intencionales que la configuran: el dolo y la culpa culposa.

- *El dolo.*

Este consiste en el tipo de intención que impulsa la determinación específica de producir daño a otro individuo, es decir, quien causó el daño se dirige con su voluntad a realizar los actos tendientes a perjudicar, procurándolo como esta sea el objetivo central de los actos que ejecutará.

- *La culpa culposa.*

Entendida, en un sentido más específico dentro del género de la culpa, como el tipo de intención que no impulsa a producir daño, sino que por no adoptar ciertas medidas tendientes a evitarlo, se deriva en propiciar o generar una afectación nociva sobre la víctima y/o sus bienes.

- *Presupuestos de la conducta que conlleva la culpa culposa.*

En este tipo de culpa, la motivación de la conducta no va dirigida al daño. Se puede determinar considerando si hay omisión en las pautas que expresamente se han dispuesto en normas de carácter legal, y, de otra manera, se puede expresar por la omisión de lo que Tamayo (2015) llama como *deber general de prudencia*, consistente en la corrección propia de la actividad que causa el daño, teniendo como marco de referencia la misma conducta que habría realizado otro individuo en condiciones normales y con las mismas cualidades. Así, dicho autor precisa las razones que distinguen estas dos categorías:

En la legislación colombiana no existe un catálogo taxativo de comportamientos obligatorios o prohibidos. Por el contrario, el Artículo 2341 del Código Civil, e incluso los principios que regulan la responsabilidad contractual, permiten al juez detectar culpas por conductas que, si bien no están expresamente prohibidas u ordenadas, de todas formas, significan que el agente no se ha comportado en forma prudente y diligente. Así, por ejemplo, el hecho de que un constructor cumpla con todas las normas de urbanismo, no significa que por ese sólo hecho esté exento de cometer culpa. El legislador trata de prever la mayoría de las conductas que considera culposas, pero hay algunas que se escapan a su control expreso y es el juez quien de una manera libre y a posteriori determina si hay culpa o no del agente.

Es aquí donde el juez debe comparar la conducta del causante del daño con la de un hombre prudente y razonable. Para hacerlo, el juez echa mano de los principios generales del derecho, la costumbre imperante, las reglamentaciones de carácter privado, las normas técnicas,

la moral y la equidad. En la medida en que todos estos parámetros estructuran la moral social de los individuos en un medio determinado, el juez debe averiguar si el agente se comportó como lo habría hecho un hombre razonable colocado en ese mismo medio.

En ese orden, ambas alternativas comparten la previsión de conductas apropiadas para evitar riesgos, pero la diferencia entre la una y la otra radica en su consignación o no en normas de orden jurídico. Por tanto, en el entendido de lo planteado por el anterior autor, puede advertirse que el fundamento de estudio de esta investigación, esto es las reglas técnicas de la medicina, se encuentra inmerso en esta categoría por constituir normas de carácter técnico eventualmente contempladas en reglamentaciones de carácter privado, o, en mayor medida, en la misma ley en sentido material

Entonces, partiendo de lo anterior, considerando que la primera alternativa depende únicamente de la vulneración de normas jurídicas que dieron lugar a la causación del daño - entendido como daño sobre bien jurídicamente protegido-, es necesario estudiar más profundamente el deber general de prudencia. Si bien no está expresamente preestablecido, puede causarse cuando se ha incurrido en cualquiera de las tres formas de conductas que no cumplen con el mismo, esto es por negligencia, por impericia o por imprudencia, en sentido específico. La primera de las formas, es decir, la negligencia, atiende a la conducta del individuo que conoce las pautas tendientes a prevenir el riesgo que podría materializarse en daño, pero que las omite por descuido. La segunda se refiere a la falta de conocimiento de las pautas que debe seguir para evitar el riesgo que eventualmente se materializará en daño. Finalmente, la imprudencia en sentido específico, se refiere a aquella que conociendo dichas pautas pertinentes a prevenir el daño, omite ejecutarlas creyendo que no sucederá el daño o que podrá soslayar el riesgo en su momento, lo cual entendemos como desidia.

### **2.3. Concepto de responsabilidad patrimonial del Estado**

La otra porción de la responsabilidad patrimonial es aquella que le es solamente atribuible al Estado como consecuencia de los hechos que le son endilgables como causantes de daños a los particulares y su consecuente obligación de reparar las secuelas que ha producido dentro del orden de sus facultades.

Partiendo del sentido histórico, teniendo en cuenta que las prerrogativas de las que hace uso el Estado sobre sus gobernados pueden generar repercusiones que respeten o excedan la órbita de los derechos de los asociados. Así, se erigió en algún momento la figura del estado de derecho, entendiéndolo como aquella derivación en la que sus actuaciones se encuentran sujetas a la ley que rige los actos de los particulares. Por esta razón, la responsabilidad civil, como sector de los hechos jurídicos que considera las repercusiones de los actos de los particulares sobre los bienes e integridad de otros, como lo es la prestación de servicios médicos, se extendió aún más para hablar de lo que se conoce hoy en día como responsabilidad patrimonial del Estado, a razón que en este espacio, uno de los extremos que participa no es un civil, sino el Estado.

Continuando con ese sentido histórico, a partir de la pretensión de intervenir en el plano de las relaciones interpersonales de los civiles, surge el Estado Social de Derecho, el cual deviene haciendo incursión, inclusive, entre otros aspectos, en la relación médico – paciente, al constituirse como prestador de servicios médicos, pero que a la vez, implicó la posibilidad que le sea atribuida la responsabilidad de reparar las afectaciones que eventualmente ocasione en el ejercicio de sus facultades.

Sobre este punto, partiendo de la existencia de un Estado Social de Derecho, la Corte Constitucional explica que el hecho de estar sometidas las personas y entidades al ordenamiento

jurídico positivo, permite que su vulneración conduzca al surgimiento de diversos tipos de responsabilidad:

*“Uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho es el principio de legalidad o de supremacía del Derecho, en virtud del cual la actividad de todas las personas y entidades, incluido el Estado mismo y sus autoridades, están sometidos al ordenamiento jurídico positivo, en primer lugar, a la Constitución Política, de suerte que la vulneración de aquel les acarrea responsabilidad de diversos tipos”* (Corte Constitucional, Sentencia C-864, 2004).

Sobre la disposición en el ordenamiento jurídico de este tipo de responsabilidad ha hecho reminiscencia la misma Corte Constitucional, recordando que:

*“Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada -en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial”* (Corte Constitucional, Sentencia C-333, 1996).

Como consagración normativa expresa respecto a este asunto, el Artículo 90 de la Constitución Política dispone que:

*“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.*

En ese sentido, respecto a esta norma citada, ha dicho la Corte Constitucional que la responsabilidad estatal requiere de la existencia previa de varios elementos:

*“Con fundamento en este postulado de principio, el instituto resarcitorio se configura siempre y cuando: (i) ocurra un daño antijurídico o lesión, (ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público y (iii) exista una relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión del ente público”* (Corte Constitucional, Sentencia C-619, 2002).

Sobre esta descripción de la Corte, de manera general, se puede advertir que los elementos que integran la responsabilidad patrimonial del Estado coinciden con los que estructuran la responsabilidad civil. Sin embargo, como lo menciona el Consejo de Estado, en lugar de la culpa, en este tipo de responsabilidad se hace referencia a los títulos de imputación:

*“En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio -simple, presunta y probada-; daño especial -desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado”* (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 70001-23-31-000-1993-04130-01-18613- , 2016).

#### **2.4. Títulos de imputación como elemento estructurante de la responsabilidad patrimonial del Estado**

Conforme a lo anterior, podemos identificar los títulos de imputación, como los motivos atribuibles al Estado como causante de daños a través de sus agentes. Es preciso establecer en qué consiste cada uno de ellos, según la relación precedente aludida por el Consejo de Estado.

En ese orden, con referencia a la falla en el servicio ha dicho Ruiz (2013) que, consiste en aquel en el que predomina la culpa de la administración por excederse en el cumplimiento de sus funciones, o por su tardanza o defecto en el cumplimiento. En segundo lugar, el daño especial atiende a aquel desbordamiento de las cargas públicas que normalmente la víctima no está condicionada o preparada para soportar por encontrarse ajena a la actividad causante de daño; y, por último título, el de riesgo excepcional cuando el daño causado es el resultado de la implementación de máquinas o actividades de carácter peligroso.

#### **2.5. Teorías de estructuración de la responsabilidad**

Considerando que es una denominación desacertada la que, algunos sectores de la doctrina asignan como regímenes de responsabilidad subjetivo y objetivo, hemos optado por referirnos a esta como lo hace otro sector, en cuanto se refieren a teorías, si se tiene en cuenta que la una o la otra son aplicables en diferentes circunstancias dentro del desarrollo jurisprudencial para configurar la responsabilidad, según las particularidades de la casuística, y que estas no han sido consignadas expresamente en ninguna norma.

En lo referente a la teoría objetiva de la responsabilidad, es aquella según la cual, los elementos estructurantes de la responsabilidad son el daño y su conexión causal con la conducta, sin recurrir a estudiar la calificación culpable de la conducta. Contrariamente, en referencia a la



teoría subjetiva se refiere a aquella que considera los tres elementos, es decir, el daño, el nexo causal y la culpa.

Por lo anterior, consideramos indispensable reiterar la circunstancialidad que ha sido trazada por la jurisprudencia para el empleo de una u otra; Inclusive, los casos que comprenden la responsabilidad médica de carácter civil y patrimonial del Estado.

Una vez estudiado el panorama de la responsabilidad patrimonial colombiana, recurrimos a estudiar al tema toral del trabajo, esto es el de la lex artis como un factor subjetivo de la responsabilidad patrimonial en materia médica, lo cual se precisará en capítulos posteriores.

## **2.6. Concepto y desarrollo histórico de la lex artis**

### **2.6.1. Concepto de lex artis**

Este concepto, tratado de manera general y sin precisión de determinada profesión, es definido por Hernández (1999), quien es citado por Barona (2016, p.195), indicando que el término lex artis proviene del latín, que significa ‘ley del arte’, o regla de la técnica de actuación de la profesión que se trate. Agrega, además, que esta ha sido empleada para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre, si la tarea ejecutada, es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse.

En el mismo orden de ideas, Herrera (2008, p.205), citando a Martínez Calcerrada (1986), con dirección a definir el concepto, plantea que la expresión lex artis -literalmente, “ley del arte”, ley artesanal o de la regla de actuación de la que se trate - precisando que esta se ha venido empleando desde siempre, para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse.

Consecuentemente, de acuerdo a dicho autor, si la actuación se adecúa a las reglas técnicas

pertinentes, se habla de “un buen profesional, un buen técnico, un buen artesano”, y de una buena “praxis” en el ejercicio de una profesión.

Es así como, según Herrera Ramírez (2008), suele aplicarse el concepto de la lex artis a las profesiones que precisan de una técnica operativa y que plasman en la práctica unos resultados empíricos.

Así, también, Montaña (1986, pp.48-49) indica que ciertas profesiones que requieren cualificación, por su carácter especial y técnico, de acuerdo al conocimiento acumulado establecen pautas que deben seguirse para su ejercicio:

*“Determinadas profesiones cualificadas por su especialización y preparación técnica cuentan para su ejercicio con unas reglas que, en consonancia con el estado del saber de esa ciencia, marcan las pautas dentro de las cuales han de desenvolverse los profesionales. Es lo que se denomina “lex artis”. Según ello, estos profesionales y particularmente el médico han de decidir cuáles de esas reglas y procedimientos y cuáles de esos conocimientos adquiridos en el estudio y la práctica son aplicables al paciente cuya salud les ha sido encomendada. Precisamente, por la repercusión directa e inmediata de la aplicación de aquellos en la salud del enfermo, y por el hecho que no siempre pueden garantizar el éxito de sus efectos, en ocasiones el facultativo se encuentra en la situación de tener que decidir si los aplica o no por razón de los graves riesgos que puede entrañar para su paciente”.*

Entre dichas profesiones, destaca, por supuesto, la médica, toda vez que en palabras de Herrera (2008), la medicina es concebida como una ciencia experimental.

### 2.6.2. Desarrollo histórico del concepto lex artis

El estudio de la evolución histórica de la lex artis, concebida desde las nociones de ley y arte, en tanto lex y artis -en idioma latín-, trae como implicación la necesidad de determinar a qué hacen referencia cada uno de dichos conceptos independientes, los cuales, juntos, han derivado en la composición de uno solo, que en el español forman, igualmente, una palabra compuesta, es decir, la denominada “ley del arte”. Por tanto, en este punto se revisarán el origen y desarrollo de cada uno, para explicar cómo deviene finalmente el contenido del concepto en uso hasta nuestros días, partiendo desde la etapa técnica de la medicina, la cual, según Laín Entralgo (1978), empieza con la elaboración en la antigua Grecia del Corpus Hipocraticum, más precisamente, alrededor del siglo V A.C.

Para dar comienzo, en cuanto a la Ley, Olano (2010) alude a que, si fuera tan simple definir la ley, únicamente buscaríamos su acepción común para contestar de acuerdo con el diccionario de la Real Academia, según el cual, procede del latín lex, legis, regla y norma constante e invariable de las cosas, nacida de la causa primera o de las cualidades y condiciones de las mismas. Agregando, que esto implicaría no entrar a revisar otras doce acepciones.

Desde esa noción, parte Olano (2010, p.2) para hacer alusión a que existen dos conceptos tradicionales de ley, los cuales describe de una manera general:

*“Hay, grosso modo, dos conceptos de Ley: el de la ley humana y el de la ley natural. La ley natural es la ley que corresponde a la physis. Aunque la propia noción de physis (Naturaleza) experimentó algunos cambios que la hicieron pasar del reino natural al humano o moral, por lo general se distinguió entre physis (Naturaleza) y nómos (ley); así, los sofistas se preguntaban si algo era <<por convención>>, νόμος, o <<por*

*naturaleza>>, φύσει. Sin embargo, se llegó a concebir asimismo la ley como abarcando ambos dominios: la justicia es lo que corresponde tanto a la ley (en sentido humano) como a la naturaleza (en sentido cósmico, y también en sentido divino)”.*

En ese orden, como evento en el cual la lex aparece como fuente del derecho, Hubeňak (2008) señala que, previo al proceso de helenización por parte de Roma y, dentro de las circunstancias en las que los romanos tuvieron anterior contacto con los griegos, se encuentra la que respecta a la elaboración de la Ley de las XII Tablas - Lex duodecim tabularum-.

De acuerdo a Monroy (1996), el término lex proviene, del verbo latino *ligare*, que significaba ligar o vincular, y se hace referencia a que la ley liga a los hombres en su actividad. Agrega este autor, que, según otros autores, se deriva del verbo *lego-legere*, que significa leer, con lo que se alude a la forma escrita de la ley.

En cuanto al origen de la noción de ley en forma escrita, señala Abelardo Torré (1965, p.283):

*“...esta etimología se explica, porque en la época de la República romana, mientras el derecho consuetudinario no era escrito y se conservaba en la memoria de los hombres, la ley, por el contrario, estaba escrita (jus scriptum, o, mejor dicho, grabada en tablas de mármol, bronce, etc., que se fijaban en lugares públicos (p. Ej., el tabularium del Capitolio, en Roma), para que el pueblo las leyera y, conociéndolas, las cumpliera mejor”.*

En el mismo sentido se refiere la Enciclopedia Jurídica Omeba (2010, pp. 6-7) cuando dice:

*“En un sentido primario se entiende por ley una norma, o más, usualmente, un conjunto de normas obligatoria que pueden ser morales o jurídicas o, al mismo tiempo, estar fundamentadas sea en la voluntad de Dios, sea en la voluntad del legislador, sea en el consenso de una sociedad, sea en las exigencias de la razón, que se supone eterna e idéntica en todos los órdenes”.*

Enseguida, en cuanto al concepto amplio de la lex, señala Olano (2010, p.7):

*“En un sentido amplio la lex está identificada con el derecho escrito (ius scriptum), en contraposición a la costumbre (ius non scriptum) comprensiva de todas aquellas normas dadas no solamente por las asambleas populares o comicios, sino también de todos los reglamentos que los magistrados romanos sancionaban en virtud de su imperium mediante un edicto (edictum), así como de las decisiones del Senado romano relativas al derecho privado insertas en los senadoconsultos (senatus consultum), para llegar finalmente a abarcar las resoluciones de los emperadores calificadas de constituciones (constitutiones principi) y la opinión de algunos jurisconsultos investidos del ius publice respondendi (responsa prudentium)”.*

Luego, el mismo Olano (2010, p.7), en un concepto más restringido de la lex:

*“En un sentido restringido..., la lex romana era la norma sancionada por las asambleas populares llamadas comicios o plebiscitos que abarcaron una extensa gama de disposiciones relativas al Derecho público y derecho privado. Gayo define al término lex como “lo que autoriza y establece el*

*pueblo”, y al plebiscito, “lo que autoriza y establece la plebe (lex es, quod populus iubet atque contitui plebiscitum est quod plebs iubet atque constituit)”.*

Por otra parte, entorno al concepto latino artis, de acuerdo a la Gran Enciclopedia Planeta (2004), desde su traducción al español como arte, este es usado para referirse a una capacidad, la cual puede ser para producir, fabricar o hacer: La palabra arte deriva de la voz latina ars – artis, que designaba la habilidad técnica para hacer un trabajo específico y tenía el mismo significado que la palabra techné, de la que han derivado técnica y tecnología. Así, etimológicamente, el arte consistiría en la capacidad para fabricar objetos útiles, cualidad de los buenos artesanos, carpinteros, herreros o alfareros.

Pero la noción de arte no sólo se aplica a actividades de tipo manual, también se entiende aplicada a actividades de tipo intelectual, tal como lo expone Ferrater (1994, p.247):

*“Pero los ejemplos dados por Platón –Siguiendo a Sócrates– relativos a la necesidad de hacer las cosas <<con arte>> se aplicaron bien pronto a un arte no manual, sino intelectual, al arte de la palabra o del razonamiento (Phaed., 90 A). El más alto era, pues, la ciencia, la filosofía, el saber y, en último término, la dialéctica. Pero como las otras actividades eran también artes, y como era arte asimismo la creación artística, la poesía, el término τέχνη estaba lleno de ambigüedad y sólo podía ser entendido a derechas dentro de un determinado contexto. Sin embargo, puede concluirse que τέχνη designaba un <<modo de hacer [incluyendo en el hacer, el pensar] algo>>. Como tal <<modo>>, implicaba la idea de un método o conjunto de reglas, habiendo tantas artes como tipo de objetos o de actividades y organizándose*

*estas artes de una manera jerárquica, desde el arte intelectual del pensar para alcanzar la verdad (y, de paso, regir la sociedad según esta verdad)”.*

Asimismo, del término griego τέχνη, pronunciado téchne, se deriva el de técnica. En consecuencia, del anterior orden de ideas, se puede colegir que el término etimológicamente originario para referirse a la habilidad para hacer algo es el de τέχνη, el cual fue asimilado dentro del proceso de helenización de Roma como ars, y, en su genitivo plural, artis; a lo que en la contemporaneidad nos permite denominar de manera opcional como técnica o como arte.

No obstante, según Ferrater (2004, p.3450), la techne no es cualquier habilidad, sino una que sigue ciertas reglas, por lo cual también significa oficio, por lo cual se refiere al concepto de regla:

*“Intuitivamente cabe entender por ‘regla’ toda formulación que enuncia como hay que proceder dentro de una determinada esfera de posibles acciones. Hay reglas en el lenguaje, en el arte, en la ciencia, en la moral, en comportamientos sociales de toda clase, en juegos. A veces se usa ‘regla’ como sinónimo de ‘norma’, ‘máxima’, ‘precepto’ ‘prescripción’, ‘instrucción’, ‘ley’ (especialmente en la esfera del Derecho), etc...”.*

Ahora, podemos decir, como una inferencia de los planteamientos de los mencionados autores, que el latinismo lex, considerándolo desde la perspectiva de ley humana en sentido amplio, ha sido utilizado para referirse propiamente al concepto de regla, que aunado con la palabra artis, como habilidad, derivaría de manera apropiada en el adecuado uso castellano de la denominación compuesta de “reglas del arte”.

### Conceptos fundamentales

Dentro del desarrollo histórico del concepto de lex artis se puede observar la implicación de otros conceptos, ya mencionados, sobre los que se ha fundado y han permitido su estructuración. Así, la técnica, las reglas, el arte y la ciencia, guardan una estrecha relación con las denominadas reglas del arte, cada una de distintas formas. Por estas razones es necesario detenerse en el estudio y definición de cada una, lo cual procura una elaboración personalizada de criterios que permitan interpretar la lex artis en cualquier contexto, pero especialmente en el ámbito de la medicina, y, más precisamente, como posteriormente lo atenderemos, en el de la responsabilidad civil médica.

### La técnica

La Gran Enciclopedia Planeta (2004) hace referencia a que este término deriva directamente del término *tekhne*, del cual también deriva el de arte, y lo define como el conjunto de procedimientos y recursos de los que se sirven una ciencia, arte, oficio o actividad intelectual. Así mismo, según dicha enciclopedia, a través de una reminiscencia histórica recuerda como fue tratado el concepto de técnica por los principales pensadores de la Grecia antigua para llegar a la idea que actualmente se concibe de aquella:

*“El concepto de técnica, en su configuración filosófica originaria, conoció diversas definiciones. Mientras para Homero significaba genéricamente elaboración, producción y construcción, para Platón adquirió ya la connotación de producción eficaz y se convirtió casi en sinónimo de saber riguroso y fundado. Con Aristóteles el significado del término experimentó una profunda modificación: técnica es cualquier actividad creativa que se contrapone a la naturaleza y trata de transformarla o imitarla. El significado aristotélico es el*



*origen de la definición y de la concepción de la técnica tal como se acepta en la actualidad. Esencialmente la técnica son métodos para fabricar nuevos instrumentos y crear nuevos productos con tales instrumentos, y la capacidad de construir artefactos es una característica determinante del género humano”.*

En el mismo sentido, la concepción de Ortega y Gasset (1964), como una muestra de la vigencia de la idea aristotélica de técnica, la define como la reacción enérgica contra la naturaleza o circunstancia que lleva a crear entre ésta y el hombre una nueva naturaleza puesta sobre aquélla, una sobre naturaleza.

Así mismo, partiendo de la perspectiva de Ortega y Gasset, Santandreu Niell (1992) define la técnica como el intento del hombre por superar su dependencia del mundo exterior, este rasgo es el que lo diferencia del resto de animales, pues, al contrario de éstos, él adapta el medio a su voluntad.

Desde otra óptica distinta a la de la Gran Enciclopedia Planeta, el Diccionario Médico de la Universidad de Navarra (2001), define a la técnica como un conjunto de aplicaciones prácticas de las ciencias, que sirven para resolver y satisfacer las necesidades humanas.

Teniendo en cuenta lo anterior, la convergencia de dos perspectivas, una que plantea que la técnica se encuentra al servicio de la ciencia y la otra que sugiere que la técnica es la utilización de la ciencia con el fin de aprovechamiento práctico, se puede colegir un vínculo estrecho y circular entre uno y otro concepto.

En consecuencia, se entiende la técnica médica como una habilidad para modificar circunstancias que hacen parte del bienestar del hombre, de manera que ante la existencia de situaciones que afectan las condiciones normales de salud del individuo objeto de atención médica, el profesional de la medicina dirige los actos propios de su oficio a cambiar esa realidad

que implica necesidades de curación, y, así, procura mejorarla con la aplicación de pautas que han sido conocidas e identificadas como efectivas e indicadas para curar una enfermedad.

### **Las reglas**

De manera general, plantea Ferrater (1994 ) las reglas constituyen preceptos que integran un método, indicando lo que es y no es admitido; y aclarando que estas, como prescripciones, eventualmente pueden ser infringidas.

Por otra parte, Searle (1969), plantea que existen dos tipos de reglas, reglas constitutivas, las cuales regulan formas de comportamiento que previamente existen, y, reglas regulativas, las cuales definen nuevas formas de comportamiento. De otro modo, las reglas regulativas regulan formas de conducta previamente existentes o que son independientes a la existencia de dichas reglas, y, las reglas constitutivas, que crean o definen nuevas formas de conducta.

Por otro lado, Gumb (1972), coincide con Searle (1969) en cuanto a la existencia de reglas constitutivas y reglas regulativas, pero aclarando que su inclinación por hablar de un grupo denominado reglas lingüísticas y otro denominado reglas sociales; agregando que estos dos tipos de reglas comparten 5 características: la de poder enseñarse, la de poder aplicarlas mal, la de ser reflejadas en regularidades comportamentales del grupo social que se trate, la de que estas reglas son citadas por los agentes más maduros para justificar y criticar comportamientos y, por último, la de la posibilidad de los agentes de conformarse a dichas reglas.

Consecuentemente, subsumiendo el concepto de las reglas en el ámbito médico, manifestado en un grupo social que se integra por profesionales conocedores de un arte, se puede colegir que las reglas de la lex artis se constituyen como reglas de tipo regulativo o social, las cuales conllevan la totalidad de las características planteadas por Gump. En otras palabras, estas reglas pueden ser enseñadas de médicos a médicos, y a su vez, pueden ser mal aplicadas en el

ejercicio de la profesión. Así, se manifiestan como una regularidad de actos médicos efectuados por los profesionales de la medicina y sirven para justificar o criticar actos médicos por individuos que por aptitud, experiencia y conocimiento se encuentran en posición de hacerlo. Por último, e la posibilidad de que profesionales de la medicina se conformen a las reglas del arte médico.

### **El arte**

En este punto de la investigación, se encuentra una razón para diferir de la idea de equivalencia entre técnica y arte sugerida por Ferrater (1994) con respecto al caso de la medicina, si se tiene en cuenta la reminiscencia histórica de estos conceptos que realiza Lain Entralgo (1964, p.30) respecto de la medicina, según el cual, durante la edad antigua, el despliegue del dogma cristiano en el imperio romano trajo consigo la renovación de la técnica médica:

*“En el tránsito de la Baja Edad Media al mundo moderno, el cristianismo inicia una actitud nueva frente a la técnica. Para el pensador cristiano del siglo XIII, el «arte» —la tékhne helénica— es, muy helénicamente, recta ratio factibilium, «recta razón de las cosas que pueden hacerse»; pero en cuanto el hombre sienta y piense con explicitud y vigor que él es imagen y semejanza de un Ser infinitamente poderoso, y por tanto, que nada para él hay en el orden cósmico que en principio posea una «necesidad absoluta», los límites de lo «factible» van a dilatarse ante su mente y bajo sus manos de un modo a la vez progresivo e indefinido. Así nace la actitud mental del hombre moderno frente al cosmos, y así nacerá poco después la ingente aventura de la técnica moderna. La relación entre el médico y el enfermo, que ya era nueva desde un*

*punto de vista ético, podrá comenzar a serlo también desde un punto de vista técnico”.*

No obstante y coincidencialmente, como un precedente histórico, recuerda el mismo Ferrater (1994) que Aristóteles, en la Antigua Grecia, planteó que la *téchne* es superior a la experiencia, pero inferior al razonamiento (en el sentido de un <<puro pensar>>, aun cuando el pensar requiere asimismo reglas).

Así mismo, en general sobre el arte, filósofos de la modernidad confirman la complejidad que implica este concepto, de manera que concebimos que este se extiende más allá del de la técnica. En este sentido se dirige la Enciclopedia Hispánica (1992), para plantear que los filósofos han discutido extensamente el origen, fin, esencia y clasificación del arte, atribuyéndole un fondo conceptual, refiriéndose a las tesis de Georg Hegel, viéndolo como un resultado de un proceso de diferenciación que va de lo homogéneo a lo heterogéneo y de lo simple a lo complejo.

En ese orden de ideas, con la variación que experimenta el concepto de arte en la señalada etapa histórica, la cual lo distancia un poco de la noción de *téchne* implementada por los griegos, se concibe la idea de admisibilidad a lo que puede hacerse, existiendo una libertad limitada sólomente por la razón como sentido del conocimiento adquirido y que se traduce en las denominadas reglas. Consecuentemente, al interior del concepto de arte se puede observar el surgimiento de una integración de las nociones de regla, razón y habilidad para hacer algo.

Concretamente, en una aproximación a la técnica dentro del espectro médico, ésta se dirige a trascender la realidad de un estado del cuerpo humano para transformarla a una diferente, siempre restringida por las reglas determinadas a través de la regularidad de actos médicos efectuados por los profesionales de la medicina; Regularidad que a su vez se encuentra

determinada por el conocimiento que se adquiere y se inculca a través de la investigación médica.

### **La ciencia**

Según Ferrater (1994), el sustantivo scientia procede del verbo scire, que significa “saber”. Etimológicamente, ‘ciencia’ equivale, pues, a ‘el saber’. No obstante, aclara el autor, no se refiere a cualquier tipo de saber, y que se puede referir precisamente, entre otros, al saber culto o desinteresado, que es un saber teórico, susceptible de aplicación práctica y técnica, que es riguroso y metódico. Además, agrega este autor, que es común considerar la ciencia como un modo de conocimiento que aspira a formular mediante lenguajes rigurosos y apropiados -en lo posible, con auxilio del lenguaje matemático-, leyes por medio de las cuales se rigen los fenómenos.

Sin embargo, a pesar que la diferencia entre la ciencia y el arte radica en las prácticas cognitivas, plantean Minhot y Testa (2003) que, mediante la experiencia sensorial debidamente controlada, es posible un genuino acceso epistémico a la realidad -a nuestra realidad- y, por otro lado, que las prácticas de creación artística contribuyen a la construcción de nuevos territorios de nuestro mundo, y en esta medida, de nuestra realidad.

Sobre esta convergencia entre el conocimiento y la práctica, respecto al ámbito de la medicina, recuerda Lain (1978) que, como antes entre los griegos, como después entre los modernos, la relación entre la ciencia del médico y su praxis —entre lo que en la Medicina es teoría y es práctica-, posee una estructura en círculo: la ciencia influye sobre la praxis y, ésta sobre aquélla.

### **Concepto de lex artis médica**

En cuanto al concepto de las reglas del arte médico, es necesario referirse al que de esta, plantean diversos autores colombianos. García Hernández (1999), citado por Barona (2016, p. 195), alude a que la lex artis es la aplicación de las reglas generales médicas a casos iguales o parecidos o la actuación conforme a cuidado objetivamente debido. No cabe la aplicación de la lex artis a situaciones no estudiadas, no conocidas o imprevistas en la ciencia médica, sino todo lo contrario, pues una condición de la lex artis es que cualquier médico actuaría de igual forma cuando se dieran las mismas condiciones. Siempre con la salvedad de la libertad profesional.

Serpa Flórez (1995) señala que ésta consiste en reglas de consonancia con el estado de saber de esa ciencia que marcan las pautas en que deben desenvolverse los profesionales, recalcando que el deber objetivo o de cuidado es un concepto jurídico que se relaciona con la obligación del médico de atender a su paciente de acuerdo con las reglas de la Lex Artis y con la correcta indicación médica.

Molina (1994), citado por Lombana (2007), define la lex artis como la serie de reglas que determinan el modo correcto de conducta profesional del médico frente a la corporeidad de su paciente, dentro del contexto de una determinada situación clínica, y de acuerdo con los últimos avances de la ciencia médica.

Por su parte, Serrano (2000) conceptúa que la lex artis en el ejercicio de la medicina, es el estricto acatamiento de las disposiciones técnicas y científicas de la ciencia médica y, agrega, será esta la que nos permita averiguar si en determinada actuación, un médico incurrió en una mala práctica, es decir, en una falta que lo haga incurrir en una responsabilidad.

Esbozando un aspecto no contemplado por autores nacionales, Parra (2014, p.103), plantea la existencia de una dualidad conceptual de la lex artis médica, la cual se materializa en

dos acepciones distintas, una que atiende al concepto de Martínez Calcerrada (1986), más precisamente sobre la lex artis ad hoc, según la cual es:

*“El criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, ciencia o arte médica, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y en su caso, de la influencia en otros factores endógenos, estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida, derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto ejecutado”.*

La otra acepción es descrita por Macia (2005, p.221), como “el conjunto de saberes acumulados en cada actividad profesional médica, a través de los que se define el modo usual y comprobado de realizar las actividades relativas a dicha profesión”.

### **Conceptos vinculados a la lex artis médica**

Visto el desarrollo histórico, se ha observado que el concepto de lex artis no se ha originado espontáneamente y que su concepción ha ocurrido a partir de otros conceptos. Igualmente, a la lex artis se integran otras nociones, como es el caso de la lex artis ad hoc, la indicación médica o la mala praxis, las cuales es necesario delimitarlas conceptualmente, para efectos de establecer su relación con las reglas del arte médico y sus diferencias.

**Indicación médica**

A la idea de indicación médica se refiere Valencia (2001), precisando que ésta es la valoración que realiza el médico antes de aplicar el acto médico, bien sea preventivo o profiláctico, quirúrgico o curativo; agregando una precisión conceptual que plantea a la lex artis y la indicación como conceptos vinculados, pero aclarando que, a su vez, son distintos, teniendo en cuenta que la lex artis comprende la técnica correcta para aplicar en la intervención médica y, también, la medida adecuada que se debe emplear .

A esta diferenciación también hace referencia Herrera (2008, p.206), cuando plantea que uno atiende a la valoración médica y el otro es un aspecto de aplicación concreta:

*“La indicación terapéutica consiste, fundamentalmente, en una tarea de valoración, de ponderación de los beneficios y riesgos objetivamente previsibles para la salud del paciente, que puede entrañar la aplicación de una u otra medida terapéutica; mientras que en la lex artis se trata de, una vez emitido ese juicio, aplicar adecuada y correctamente por parte del facultativo el tratamiento indicado.*

*La indicación responde al sí del tratamiento, a si debe aplicarse esta u otra medida; mientras que la lex artis se refiere al cómo del tratamiento, al procedimiento o método que se ha de seguir. La realización de una intervención se ajustará a la técnica correcta y será conforme, por tanto, a la lex artis cuando no sea contraria a la técnica establecida por la indicación ni al cuidado debido”.*

De esta manera, desde una noción general, se puede entender a la lex artis como un concepto que integra muchos más aspectos, entre ellos la indicación, ya que la lex artis se



contextualiza en el espectro de todos los actos médicos, pudiendo referirse a la etapa exploratoria, la diagnóstica, la pronóstica, la mencionada indicativa o a la tratativa.

Sin embargo, considerando que la reglas técnicas marcan pautas que integran un determinado método o procedimiento que se debe implementar para la ejecución de todo acto médico, estas terminan siendo otra forma puntual como la indicación, en la que se incumple la *lex artis*.

Así, de lo anterior, se entiende la indicación como un estadio de la actividad médica frente al paciente, que se encuentra inmersa en el ámbito de aplicación de las reglas de la *lex artis*, pero que ambas representan formas distintas de incumplimiento, ya que una se refiere a la determinación del procedimiento y las otras a las pautas que la integran.

### **Lex artis ad hoc**

Identificado el concepto de *lex artis*, nos encontramos con otro concepto más particular: el de la *lex artis ad hoc*. Consecuentemente, en primer lugar, es preciso entender el significado del concepto *ad hoc*, al cual hacen referencia Camacho, Comparán y Castillo (2004, p. 270), como un objeto adecuado o a propósito, es decir, para determinado asunto.

No obstante, Torrego (1994, p.346) plantea que en la práctica este puede tener varias nociones. En primer lugar señala que este término usualmente es entendido, recurriendo a su etimología, como un adverbio que expresa el límite temporal de un estado de cosas; pero que, de hecho, también, puede ser interpretado como un adverbio de continuación -verbigacia, aún o todavía- y por otro lado, puede señalar la repetición de un estado de cosas.

Así, descendiendo al concepto de *lex artis ad hoc*, si por un lado el término *lex artis* integra la idea de las reglas el arte médico, dentro de su concepto vigente, por otro, el concepto de *ad hoc* entraña el límite en el tiempo de un estado de cosas. Consecuentemente, en la

actualidad se puede hacer uso de este término dentro de la práctica jurídica, tal como lo plantea la Corte Suprema de Justicia:

*“La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil estableció que las pautas generales de la responsabilidad civil, y a las singulares de la profesional, aúnanse las reglas, normas, o directrices específicas reguladoras del arte, ciencia o profesión con los cánones o principios científicos o técnicos de su ejercicio (Lex Artis), según criterios o procederes usuales en cierto tiempo y lugar, el conocimiento, avance, progreso, desarrollo y estado actual (Lex artis ad hoc)”* (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 11001-3103-018-1999-00533-01, 2011).

Por lo anterior, conforme a la perspectiva de la Sala de Casación Civil, se añade una nueva noción al de la mera lex artis. Esta perspectiva es confirmada por Morales (1993), citada por Guzmán, Franco, Morales y Mendoza (1994, p.142) cuando menciona:

*“La locución latina Lex Artis, literalmente "Ley del Arte" o regla de la técnica de actuación de la profesión de la cual se trata, ha sido empleada para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse; en definitiva, si corresponde con la actuación de un buen profesional, un buen técnico o un buen artesano. Es decir, se intenta calificar si la actuación del profesional se ajusta al concepto de excelencia en el momento en que se juzga dicha actuación”.*

Consecuentemente, de las anteriores nociones de la lex artis ad hoc se denota la idea de estados distintos de las reglas del arte médico en el transcurso del tiempo. Ante esto, surge la cuestión de a qué responde esta variación, a lo que respondemos recurriendo a la concepción de la lex artis por parte de Serpa (1995), como reglas consonantes con el estado del saber. De esta

forma, debe entenderse que los límites de los actos del médico dentro del plano jurídico de la relación médico–paciente, están trazados por el conocimiento adquirido a través de la actividad científica, si se tiene en cuenta que la cualidad evolutiva de la ciencia, gracias a la búsqueda y adquisición de nuevo conocimiento, conlleva a desestimar las situaciones no conocidas por ésta y derivando en la creación de un particular status de las reglas que rigen la técnica médica en un determinado momento en que se concreta un acto médico, según las circunstancias que lo condicionan.

### **Malpraxis médica**

Para una revisión de la idea que comprende el concepto *malpraxis*, recurrimos someramente a la etimología de la palabra, la cual es un término compuesto por un latinismo y un helenismo. El primero, según la RAE (2001) descende del latín *malus*, que puede entenderse como una falta de las cualidades que se atribuyen a algo por su naturaleza, y, el segundo, que se conserva igualmente e íntegramente hasta la contemporaneidad, atiende a lo planteado por Sánchez (1973, p.13):

*“Decimos “praxis” transcribiendo el término πρᾶξις empleado por los griegos en la Antigüedad para designar la acción propiamente dicha. Como es sabido, en español disponemos también del sustantivo “práctica”. Uno y otro término (“praxis” y “práctica”) pueden emplearse indistintamente en nuestra lengua, aunque el segundo es el que suele usarse en el lenguaje común y en el literario; el primero, en cambio, sólo tiene carta de ciudadanía –y no siempre- en el vocabulario filosófico”.*

Por lo descrito, es consecuente educir que, el término traduce concreta y precisamente como mala práctica, entendida desde los conceptos que engendra como una acción que carece de las cualidades que por naturaleza se le atribuyen.

Consecuentemente, desde la posibilidad de generar acciones que no conllevan los atributos que natural o regularmente posee, y partiendo de su análisis desde la teoría de la causalidad, sobre la base de una relación entre acción y efecto – entendida en el campo de la responsabilidad civil, con su particularidades, con la denominación de nexo causal-, puede entenderse que la regularidad de acciones generarían una regularidad de resultados, lo que en congruencia indicaría que una variación o irregularidad implicaría una degeneración de los efectos o resultados.

Descendiendo dicha secuencia general en el ámbito de la práctica médica, nos referiremos a la práctica efectuada por el profesional de la medicina en aplicación de sus conocimientos científicos, entendiendo que esta corresponde con el concepto de acto médico, si se parte de que este constituye una forma especial de relación que surge entre el médico y quien recibe su atención, con el fin de promover la salud, curar o prevenir enfermedades y rehabilitar al paciente (Guzmán, 1998). Consecuentemente, se tiene que un acto médico es una acción dirigida a unos resultados y que las expectativas de estos están trazadas por su regularidad. No obstante, cualquier desnaturalización del acto médico regular, en la realidad, conduce a la derivación en consecuencias inesperadas.

Así, aunado a lo anterior, proseguimos a un enfoque de la mala práctica médica desde el ámbito de la responsabilidad civil, empleando el concepto de esta que sugiere Jornet (1991, p.70), como determinadas circunstancias:

*“Desde el punto de vista jurídico se entiende que ha existido negligencia profesional, y por tanto deben pedirse responsabilidades, cuando el acto médico ha sido realizado con mala praxis. Refiriéndose a aquellas circunstancias en las que los resultados del tratamiento han originado un perjuicio al enfermo siempre y cuando estos resultados sean diferentes de los que hubiera conseguido la mayoría de profesionales en las mismas circunstancias”.*

Sin embargo, hacemos una precisión sobre la posición de Jornet (1991), para el efecto de la responsabilidad civil, una mala praxis que no deriva en un daño, no implicaría necesariamente la existencia de responsabilidad, ya que depende de la existencia de los otros dos elementos. Caso contrario sucede en cuanto a la responsabilidad disciplinaria propia de su profesión, en la que seguramente habría oportunidad de reclamarla.

### **La lex artis como elemento integrante de la responsabilidad civil médica**

Para ubicar la responsabilidad civil médica, dentro de su género, es decir, la responsabilidad civil, consideramos importante precisar la ubicación de ésta dentro del ámbito del derecho. En primer lugar, debemos partir del nacimiento de distintos tipos de responsabilidad a partir de la realización de la actividad médica, estas son la responsabilidad profesional, la responsabilidad penal y la responsabilidad civil.

En referencia al tema que nos ocupa en este trabajo, desde la posición de Tamayo (2015), quien parte de un análisis ontológico para concebirla, la responsabilidad civil hace parte del universo jurídico, en el sentido que deviene en una de las fuentes de las obligaciones, si se tiene en cuenta que, en general, ésta abarca todos los comportamientos ilícitos que por generar afectaciones a otros, hacen recaer la obligación de restablecer las circunstancias del afectado en cabeza de quien lo causó. Tales comportamientos consisten en el incumplimiento de las

obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, la realización de delitos, realización de cuasidelitos, o la violación del deber general de prudencia. En ese sentido, dicho autor hace referencia a una responsabilidad civil que conlleva una consecuencia jurídica: quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños producidos a terceros.

Más claramente, describimos esta secuencia en el sentido que, si se incumplen las obligaciones acordadas por contrato, dispuestas normativamente, aceptadas y asumidas por cuasicontrato y, por la generación de un hecho que ocasiona daños, nace la obligación de reparar el daño.

Esta secuencia tiene fundamento en lo dispuesto en el Artículo 1494 del Código Civil Colombiano, según el cual:

*“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, con los contrato o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya en consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”.*

En orden a lo anterior, se pueden diferenciar dos tipos de responsabilidad al interior de la responsabilidad civil: la contractual y la extracontractual. De esta manera, para poder diferenciar una de la otra, es necesario dirigirse a la noción de contrato como una fuente de obligaciones, la cual se consigna en el Artículo 1495 del mencionado Código Civil:

*“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”.*

Así, el contrato -concurso de dos o más voluntades-, constituye un acto dentro del cual una parte manifiesta su voluntad con el fin de comprometerse a dar, hacer o no hacer alguna cosa frente a otra, que una vez incumplidas dan lugar a la existencia de responsabilidad civil contractual.

Por otro lado, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley, entendida en el sentido de toda norma jurídica, y el cuasicontrato -hecho voluntario de aceptación de una obligación-, implica la responsabilidad por el incumplimiento de la ley en su sentido restringido, es decir, la emitida por el legislador o, también, la comprendida en un contrato, si se tiene en cuenta lo establecido en el Artículo 1602 del Código Civil Colombiano:

*“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.*

De esta manera, si se genera un daño a una persona en ocasión de la ejecución de un cuasicontrato o dentro del incumpliendo una obligación legal, nace una responsabilidad civil extracontractual.

Ambos tipos de responsabilidad tienen asidero expreso en normas del Código Civil, por una parte, en el Artículo 1546 y el Título XII del mismo, denominado ‘Del efecto de las obligaciones’, y, por otra, el Título XXXIV, denominado ‘Responsabilidad Común por los Delitos y las Culpas’.

En cuanto a la responsabilidad civil contractual el Artículo 1546, sobre la condición resolutoria tácita de los contratos, y el Título XII, establecen los parámetros sobre los cuales se

debe dirimir el incumplimiento o el cumplimiento irregular de las obligaciones pactadas dentro de un contrato.

Y respecto a la responsabilidad civil extracontractual dispone el Título XXXIV, desde el Artículo 2341 al 2360, establece las reglas sobre las cuales se da solución a las controversias que se suscitan en ocasión de la generación de daños.

Sobre esta dicotomía se ha referido la Corte Constitucional (2010), precisando en qué consiste cada una:

*“La responsabilidad civil contractual ha sido definida por la doctrina especializada como aquella que resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido. De este modo, el concepto de responsabilidad civil contractual se ubica en el contexto de un derecho de crédito de orden privado, que solo obra en un campo exclusivo y limitado, vale decir, entre las partes del contrato y únicamente respecto de los perjuicios nacidos de ese negocio jurídico. En tanto que la responsabilidad civil extracontractual, también denominada delictual o aquiliana, es aquella que no tiene origen en un incumplimiento obligacional, sino en un “hecho jurídico”, ya se trate de un delito o de un ilícito de carácter civil” (Corte Constitucional, Sentencia C-1008, 2010).*

De esta concepción de la Corte Constitucional puede inferirse que de un hecho jurídico puede generarse una responsabilidad penal -por un delito- y una civil extracontractual -por un ilícito-; Sin descartar la eventualidad que de un mismo hecho se desprendan ambas responsabilidades, situación contemplada legalmente en el Artículo 2341 del Código Civil:



*“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido un daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.*

De esto se colige que, en el campo de la actividad médica, un hecho generado por el profesional de esta ciencia, puede devenir en la causación de un delito y, a la vez, en la ocasión de daños que implican el nacimiento de la obligación de resarcirlos.

Por otro lado, desde otro punto de vista y volviendo a los tipos de responsabilidad civil, se puede presentar la situación en que un acto médico derive en controversias de carácter contractual y, también, extracontractual, tal como lo menciona Herrera (2008, p.109), planteando que un acto médico puede dar lugar a reclamaciones simultáneas en los ámbitos contractual y aquiliano. Para esto, dicho autor aspira a ilustrar por medio del siguiente ejemplo:

*“Los familiares de un paciente fallecido en el curso de un tratamiento médico reclaman en el ámbito contractual como herederos por el daño sufrido por quien había celebrado contrato de asistencia con la institución, y en sede extracontractual por el daño propio sufrido a consecuencia del desenlace fatal”.*

Y añade:

*“...un paciente reclama por responsabilidad contractual contra la institución a la que era afiliado y por la responsabilidad aquiliana contra el médico al que responsabiliza del daño”.*

No obstante, existe una notable diferencia en el objeto de prueba entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. En la primera, el demandante debe probar la existencia del incumplimiento de las obligaciones emanadas de un contrato, que podría ser, entre otras causas,

debido a un acto médico culposo causante de daño, y en la segunda, ineludiblemente, debería probar la existencia de culpa (Herrera, 2008).

Por otra parte, es necesario, para efectos del estudio de las reglas del arte médico y con el fin de esbozar la estructuración del sistema de responsabilidad civil, continuar con un análisis de la culpa, elemento dentro del cual concebimos que se encuadra la lex artis.

Así, considerando lo anteriormente expuesto, aclaramos que la culpa es un elemento que trasciende el sistema de responsabilidad civil en Colombia, tanto en su subsistema contractual como en el extracontractual. Así lo ha expuesto Tamayo (2015, p.403) cuando enuncia que, en materia contractual la culpa muchas veces no es elemento de responsabilidad, y en otras, su graduación no tiene importancia, dando lugar a la posibilidad de existencia de esta en materia contractual.

De acuerdo al concepto de culpa expuesto por Tamayo (2015, p.193), se trata de un elemento meramente subjetivo que conlleva al agente a comportarse como no lo haría un hombre prudente o avisado y, que puede manifestarse en dos formas, consistentes en componentes psicológicos de la voluntad de la persona, las cuales denomina como títulos, una es el dolo - culpa a título de dolo- y la otra es la culpa culposa - culpa a título de culpa-.

Además, a fin de complementar todo lo que abarca este elemento, el dolo, según el Código Civil en su Artículo 63, es la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro. Por tanto, como se verá, en cuanto a lo que nos interesa y concierne a efectos de este trabajo investigativo, la culpa culposa puede concretarse en dos modalidades que desarrollamos según Tamayo (2015, pp. 224-228), las cuales son la culpa por violación o transgresión de un deber normativo de carácter jurídico y la culpa por violación del deber general de prudencia.

En este orden de ideas, la culpa acaecida por violación de un deber o por transgresión de una norma parte del presupuesto de la existencia de un ordenamiento jurídico que dispone que los individuos sujetos a él, tienen que comportarse conforme a una serie de deberes y obligaciones que establece. Así, al incumplir lo dispuesto por las normas que pretenden evitar la causación de ciertas situaciones ocurridas como consecuencia de determinados comportamientos prohibidos u ordenados, nace la culpa atribuida a quien las omite.

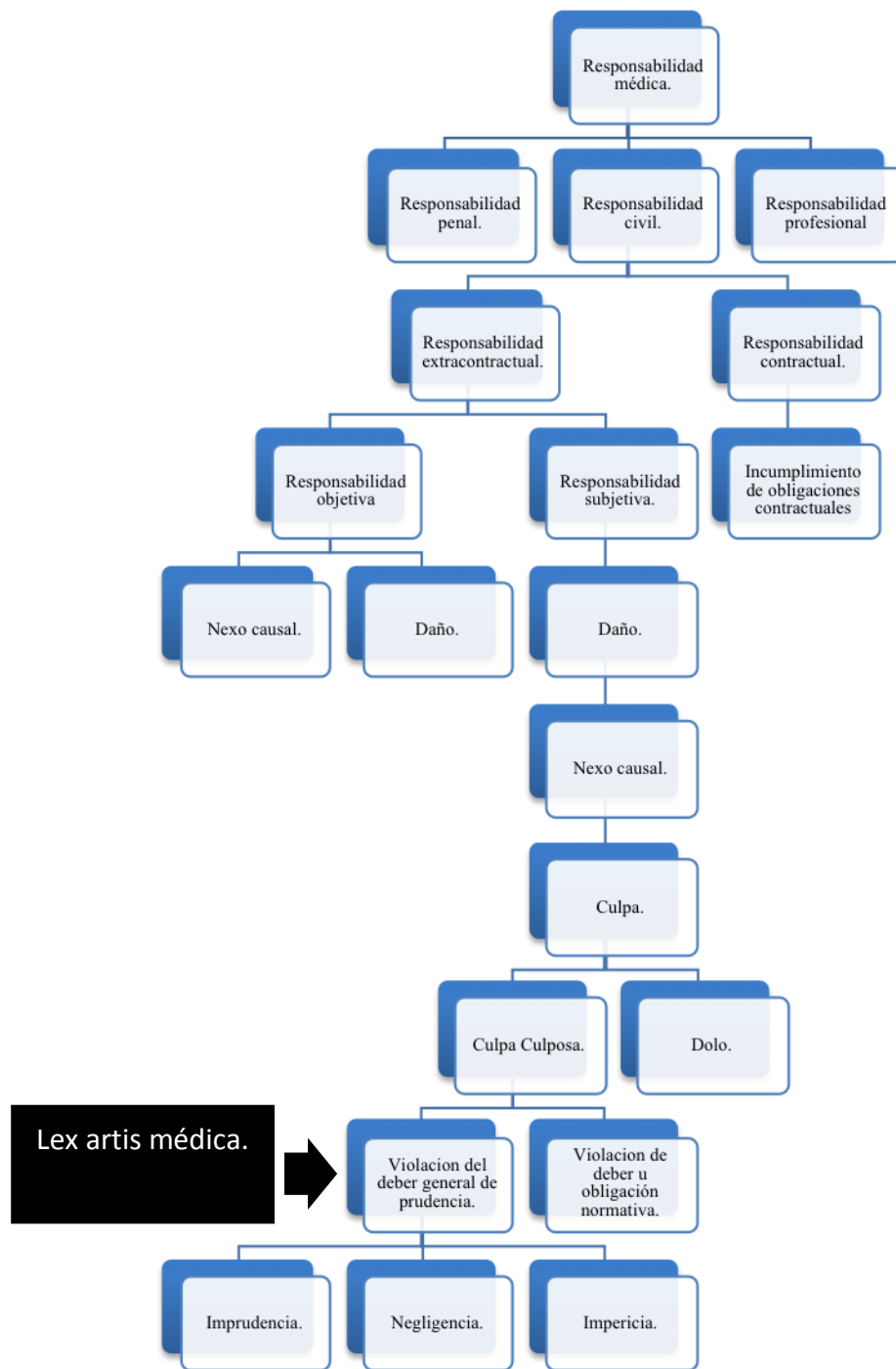
Por otra lado, la culpa ocurrida por violación del deber general de prudencia, sobre la base de la imposibilidad de la norma de consignar expresamente todas las conductas que pretenden evitarse u ordenarse en los distintos ámbitos de la vida cotidiana de los individuos, el legislador ha contemplado, desde el mencionado artículo 2341 del Código Civil, la existencia de una separación entre las consecuencias que la Ley atribuye a su incumplimiento -sanción- y la consecuencia de la causación de un daño, la cual es la correspondiente reparación, regla a la que se encuentra sujeto el juzgador al momento de dirimir diversas controversias conforme a un mismo hecho.

De la anterior premisa se tiene que el juez puede recurrir a otros criterios diferentes a las normas que integran el ordenamiento jurídico para estudiar y, consecuentemente, determinar si se ha estructurado la culpa. Por consiguiente, se colige que ciertas circunstancias propias de cada actividad particular desarrollada por los individuos que conforman una sociedad, si bien pueden ser ajenas a la regulación de las normas jurídicas, bien pueden encontrarse sujetas a ciertos parámetros jurídicos o no, que se dirigen a obtener comportamientos circunspectos y sometidos a la razón, tal como lo son los principios generales del derecho, la costumbre, los reglamentos privados, las reglas técnicas, la moral y la equidad.

Previsto el panorama anterior, el cual constituye la descripción del sistema de la responsabilidad civil en Colombia y de sus subsistemas, es deber precisar que, la inobservancia de las reglas técnicas de la medicina puede generarse como consecuencia de tres formas en que se manifiesta culpa culposa, las cuales han sido objeto de debate por parte de la doctrina en cuanto a sus denominaciones y conceptos, las cuales, desde nuestro criterio, sólomente son la imprudencia, la negligencia y la impericia. Estas tres nociones, si bien han sido reconocidas y aprehendidas por Tamayo (2015), debemos aclarar que para nuestro concepto, nos es oportuna su cita al concepto de Jiménez de Assua (1956), toda vez que este último yerra al hacer alusión a una cuarta forma que llama inobservancia de los reglamentos, la cual desestimamos por considerar que la ocurrencia de ésta es una de las consecuencias de la actuación con imprudencia, negligencia y/o impericia. Entonces, enunciadas las formas de manifestación de la culpa a título de culpa, es necesario comprender qué se entiende por cada una. Así, como imprudencia se califica a la conducta que adolece de temeridad, por negligencia a la que adolece de falta de cuidado y por impericia a la que adolece de falta de conocimiento. Todas estas categorías son aplicables y pueden coincidir coetaneamente en un mismo acto médico.

Como corolario, colegimos que el lugar que ocupa la lex artis dentro de la estructura del sistema de responsabilidad civil médica se encuentra comprendido dentro del deber general de prudencia, entendiéndose estas reglas como parámetros trazados entre la ciencia y el arte para el ejercicio profesional de la Medicina que busca incurrir en el menor riesgo posible y evitar así la causación de daños a toda costa, con el fin de procurar la mejor asistencia al paciente.





**Figura 1.** Esquema estructural del sistema de responsabilidad civil y ubicación de la lex artis en su interior.

Elaboracion propia 2018.

### **La relación médico paciente: contexto del acto médico y origen de la responsabilidad civil médica**

El médico, posee una cualidad que lo diferencia significativamente de sus pacientes y que lo convierten en un guía para la solución de determinado tipo de problema. La cualidad consiste en el conocimiento y experiencia que ha adquirido en el tiempo que ha dedicado en capacitarse y en el ejercicio de su profesión. Por otro lado, se encuentran los problemas que tiene el paciente, los cuales recaen sobre su salud. Así, dichos problemas de salud, se constituyen en el motivo que lo dirigen hacia el médico, con el fin de que este restablezca sus condiciones a un estado de normalidad. Esta particularidad le otorga un carácter de especial a dicha relación, en el sentido que una parte se caracteriza por una idoneidad debida a su preparación en ciencia y arte médica, y la otra tiene la necesidad de que dichos conocimientos del versado sirvan para dar solución efectiva a su estado de enfermedad y de otro una parte que requiere atención. Esta descripción es concebida en este sentido por parte de Barona (2001, p.284) cuando dice:

*“La relación médico-paciente, esencia del ejercicio de la medicina, se produce cada vez que un profesional de acuerdo a la legislación colombiana es catalogado como idóneo para ejercer la medicina, acepta la petición de otro miembro de la sociedad que acude en búsqueda de su opinión, consejo y posible tratamiento, es decir, es una forma especial de relación entre personas; donde por la general una de ellas, el paciente, acude motivado por una alteración en su salud a otra, el médico, quien está en capacidad de orientar, mejorar o sanar, o cuando menos aliviar el sufrimiento de acuerdo a sus capacidades y al tipo de enfermedad que el primero presente”.*

Con respecto a esta secuencia de situaciones, es necesario precisar que en primer momento el individuo que devendrá en objeto de asistencia médica posee un estado de normalidad general en su salud que puede variar hacia un estado de afectación, en el que se manifiestan circunstancias anómalas que le generan incomodidades e inconformidades, las cuales se acompañarán de una necesidad de dar solución. Su falta de conocimiento y experiencia sobre estas circunstancias propias de su salud lo hacen remitirse en la búsqueda de estas soluciones en su entorno. Dentro de su búsqueda encontrará que otros individuos han acumulado un nivel de experticia suficiente para identificar las causas, consecuencias y las adecuadas medidas tendientes a restablecer su estado de salud normal, lo cual le otorga un carácter cualificado para restablecer la salud del paciente.

Sobre este punto, de manera coincidente, encontramos el mismo criterio en Monsalve y Navarro (2014, p.78), los cuales plantean que esta es una relación asimétrica:

*“La relación médico-paciente se ha caracterizado por ser asimétrica y hasta compleja, encontrando en un extremo al galeno, que maneja un lenguaje y conocimiento técnicos, que espera que el paciente comprenda, acepte y acate lo que él aconseja, y al otro lado al paciente, que busca la satisfacción de su necesidad de restablecer su estado de salud, y que en el común de los casos no conoce la terminología médica, no comprendiendo así el diagnóstico de su enfermedad”.*

La mencionada cualificación para el ejercicio del arte médico en Colombia se ha reconocido y ordenado en el Artículo 2 de la Ley 14 de 1962, por la cual se dictan normas relativas al ejercicio de la medicina y cirugía, y que establece que sólo pueden ejercer la medicina y cirugía determinadas personas:



*“- Los que han adquirido título de médico y cirujano ex- pedido por las facultades o escuelas universitarias reconocidas por el Estado.*

*- Los colombianos o extranjeros que han adquirido título de médico y cirujano en facultades o escuelas universitarias de países con los cuales Colombia ha celebrado tratados o convenios sobre reciprocidad de títulos uni- versitarios.*

*- Los Colombianos graduados en el exterior, con título de una facultad o escuela universitaria de recocida competencia en concepto de la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina, pero si el concepto es desfavorable el interesado debe aprobar un examen de idoneidad.*

*- Los extranjeros graduados en países con los cuales Colombia no tenga celebrado tratados sobre reciprocidad de títulos universitarios, que posean título de médico o cirujano adquirido en universidades de reconocida competencia en concepto de la Asociación Colombiana de Medicina y hayan aprobado el examen de idoneidad”.*

De esta forma, por una parte, uno de los individuos se halla en una situación pasiva por su imposibilidad de tratar sus problemas de salud y por su necesidad de encontrar solución fuera de sí, razón por la cual recibe la denominación de paciente, y, por la otra parte, se halla un individuo con calidades diferentes, consistentes en que es un versado y experimentado en el arte de dar solución a anomalías de salud en procura de bienestar -Medicina-, al cual se le denomina como ‘Médico’. Ante la expresión de la necesidad por parte del paciente y el consecuente reconocimiento y asentimiento para tratarla por parte del médico, surgen manifestaciones de voluntades que pueden realizarse como un acuerdo o como una aceptación unilateral.

Siendo así, el aspecto volitivo es uno de los que suscitan el establecimiento de la relación médico paciente. Al respecto, coincidimos con Barona (2001, p.285) en que el origen jurídico de esta relación radica en el principio de la autonomía de la voluntad:

*“En conclusión, podemos afirmar que la relación médico- paciente por regla general surge en virtud del principio de la autonomía de la voluntad consagrado en la teoría del negocio jurídico, el cual rige para ambas partes, incluso la misma ley establece la libre elección del médico por parte del paciente, y la libertad del médico al consagrar la posibilidad de rehusar la atención del paciente cumpliendo con algunas condiciones”.*

Dicho principio se integra en nuestro ordenamiento jurídico, a través del Código Civil Colombiano en su Artículo 1602, el cual dispone que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Además, en orden a describir su naturaleza, la Corte Constitucional, ha precisado que el mencionado principio garantiza a los particulares:

*“i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues éstas reducen el ejercicio de la voluntad; ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; iii) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no son partes del*

*contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquel”* (Corte Constitucional, Sentencia C-341, 2006).

A la consagración tácita en la norma civil de la autonomía de la voluntad, debe agregarse que la noción de la relación médico-paciente también ha sido integrada por el ordenamiento jurídico colombiano en el numeral 4 del Artículo 1 de la Ley 23 de 1981, por la cual se dictan normas en materia de ética médica, estableciendo su importancia y su fundamento en la responsabilidad médica. Dicha norma establece que la relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica y, por otra parte, para que dicha relación tenga pleno éxito debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico, el cual impone la más estricta reserva profesional.

Esta idea de la creación de la relación entre el médico y el paciente, a partir de la manifestación de las voluntades de las partes, tiene fundamento legal en el Artículo 5 de la misma Ley 23 de 1981, en los siguientes casos:

- “1. Por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes.*
- 2. Por acción unilateral del médico, en caso de emergencia.*
- 3. Por solicitud de terceras personas.*
- 4. Por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública”.*

Así, según lo contemplado en esta norma, puede surgir una relación médico-paciente a partir de la manifestación unilateral de la voluntad por parte del médico en los casos de emergencia, la cual es definida por el Artículo 3 del Decreto 3380 de 1981:

*“Para señalar la responsabilidad médica frente a los casos de emergencia o urgencia, entiéndese por ésta, todo tipo de afección que ponga en peligro la vida*

*o integridad de la persona y que requiera atención inmediata de acuerdo con el dictamen médico”.*

Esta creación de la relación médico-paciente de manera unilateral por parte del versado, según el Decreto 3380 de 1981, implica las mismas obligaciones y deberes propios de la actividad médica, con exoneración del deber de informar al paciente sobre los posibles riesgos previstos que implican los tratamientos a aplicar en determinados casos:

*“a) Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes o allegados se lo impidan.*

*b) Cuando exista urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico”.*

Consecuentemente, se puede observar que la naturaleza de la relación médico-paciente implica derivación de obligaciones y deberes pactados y/o asumidos entre las partes, es decir entre el paciente y el médico. Ante el incumplimiento de las obligaciones y deberes asumidos con respecto a la asistencia médica, tal como se ha podido observar conforme a las normas mencionadas, surgen *otras* obligaciones que resultan como consecuencia del incumplimiento de disposiciones legales que regulan la actividad médica y del deber general de prudencia establecido según los parámetros técnicos trazados para su ejercicio. En ese sentido, las faltas en el ejercicio médico que implican por un lado incumplimientos de obligaciones estipuladas en el contrato de asistencia médica o, por otro, el incumplimiento de disposiciones legales respecto a la actividad médica o los parámetros técnicos establecidos dentro de la misma comunidad médica y, además un daño al paciente, traen como consecuencia la estructuración de una responsabilidad médica contractual o extracontractual.

### **El acto médico como hecho generador de daños**

Para desarrollar el concepto de acto médico, desde la perspectiva del derecho, es necesario establecer su relación y diferenciación con los de acto jurídico y hecho jurídico, lo cual implica, a su vez, determinar qué se entiende por cada una de estas nociones, a fin de evitar imprecisiones.

Por lo anterior, recurrimos al criterio de Monroy (1996, p.406) quien distingue actos y hechos jurídicos. En primer lugar, con respecto a los hechos jurídicos:

*“Resumiendo, podemos decir que el hecho jurídico es un acontecimiento o conducta humana al que el derecho considera como supuesto para producir consecuencias jurídicas. Es bueno advertir que las consecuencias jurídicas consisten en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones.*

*(...)*

*Así, pues, el acto jurídico es ante todo un acto voluntario, lícito, que contiene una o varias manifestaciones de voluntad privada y que, por consiguiente, produce efectos jurídicos. En general, los efectos o consecuencias jurídicas son la adquisición, la modificación o la pérdida de un derecho u obligación”.*

Consecuentemente, distingue dicho autor, los actos jurídicos de los hechos jurídicos, haciendo uso de la intención de producir efectos jurídicos como el criterio diferenciador:

*“La diferenciación consiste en que los actos jurídicos con la intención de producir efectos en el derecho, y, en cambio, los hechos jurídicos se realizan, sea porque emanan de la naturaleza o sea porque el hombre los ejecuta sin intención de producir tal efecto”.*

Por su parte, Tamayo (2015) describe al acto jurídico como toda manifestación de la voluntad tendiente a producir efectos jurídicos y toda modificación de la realidad hecha por el hombre, que no sea un acto jurídico, se enmarca dentro de los hechos jurídicos.

Teniendo en cuenta las precisiones doctrinales mencionadas sobre estos conceptos, recurrimos a definición que sobre acto médico realizan Guzman, Franco, Morales y Mendoza (1994, p.139):

*“El acto médico, en el cual se concreta la relación médico-paciente es una forma especial de relación entre personas; por lo general una de ellas, el enfermo, acude motivada por una alteración en su salud, a otra, el médico, quien está en capacidad de orientar y sanar, de acuerdo a sus capacidades y al tipo de enfermedad que el primero presente”.*

De acuerdo a estos últimos autores, el acto médico se dirige a promover la salud, curar y prevenir la enfermedad y rehabilitar al paciente.

Es así como podemos inferir que los actos médicos, en general, no constituyen actos jurídicos, pues la voluntad o su intención no está dirigida específicamente a producir efectos jurídicos. Así, teniendo en cuenta esta consideración, entendemos que éste constituye un *hecho* jurídico, pues si bien la voluntad con la que se emiten no va a dirigida a producir efectos jurídicos en sus consecuencias reales, sí derivan en la generación de afectaciones al derecho a la salud y a otros aunados a este que, como consecuencia, pueden hallarse trastocados.

Sin embargo, respecto al contrato de asistencia médica, debemos aclarar que constituye una excepción, ya que, si atendemos a la definición de Artículo 1495 del Código Civil Colombiano, este es un acto que crea obligaciones de hacer y de no hacer entre el médico y el

paciente, lo cual establece una relación jurídica bilateral según el subsiguiente Artículo 1496, y, por tanto, se puede considerar como un acto jurídico.

Como consecuencia, considerando que a través del acto médico se intenta promover la salud, curar o prevenir la enfermedad y rehabilitar al paciente, según Guzman et al. (1994), y que su ejecución implica riesgos propios de la actividad médica como arte, los cuales pueden derivar en la generación de daños, entendemos que estos daños son hechos jurídicos que, a su vez, implican la causación de efectos jurídicos, al crear una obligación en cabeza de quien lo produce dentro de la relación médico - paciente, la cual es la de resarcir.

No obstante, recordamos que para estructurar la responsabilidad civil sobre determinado sujeto, deben considerarse por un lado la obligaciones contractuales en el caso de la responsabilidad contractual surgida del contrato de asistencia médica, y, eventualmente, la culpa; por otro lado, en cuanto a la responsabilidad extracontractual, debe considerarse además del daño; la culpa, en ciertos casos, elemento último dentro del cual se encuentra inmerso el deber general de prudencia, y, a su vez, dentro de este, las reglas técnicas del arte médico; y, también, el nexo causal.

En este orden, podemos inferir respecto al acto médico, que este puede ocasionar efectos distintos a los de curar o prevenir la enfermedad, tal como son los de la asistencia médica, lo cual puede manifestarse como daños y como incumplimiento de obligaciones que fueron contraídas antes de su ejecución, implicando la existencia de una responsabilidad civil contractual y/o extracontractual por parte del médico.

**El acto médico: sujeción a las reglas técnicas**

Las reglas técnicas de la medicina establecen una regularidad que deben tener todos los actos ejecutados por los médicos. Es decir, más claramente, estos deben estar ceñidos a los parámetros que han sido trazados por el arte y la ciencia como correctos y garantes del curso propicio para alcanzar la cura o prevención de la enfermedad, si bien la experiencia y el conocimiento adquirido a través de la investigación lo han indicado como tal.

Por lo anterior, a partir de la premisa que el acto médico es una manifestación de la voluntad del profesional de la medicina con dirección a promover la salud del paciente, se debe tener en cuenta que dichas reglas técnicas del arte médico preceden y deben preceder a sus actos. La precedencia de estas reglas es lo que permite juzgar un acto médico como conforme o no con lo establecido por la lex artis.

La lex artis establece el deber ser técnico de la actuación médica y la libertad material en que esta se encuentra sumida puede implicar que estos se sujeten o no a ella, ya que finalmente dependen de la voluntad del versado. Sin embargo, el alcance de la libertad que permite el despliegue de los actos del médico se encuentra limitado por los derechos de su paciente. Esto implica la limitación de la actuación del médico en el ejercicio de sus facultades, que a su vez tiene fundamento en el principio jurídico de no abuso del derecho.

La vulneración del principio de no abuso del derecho, según la Corte Constitucional en Sentencia T-511 de 1993, se hace patente cuando injustificadamente afecta otros derechos y, también, cuando su utilización desborda los límites materiales que el ordenamiento impone a la expansión natural del derecho, independientemente de que se produzca en este caso un daño a terceros. Este planteamiento de la Corte Constitucional reconoce que la eventualidad del abuso del derecho se encuentra comprendido en un elemento de la responsabilidad distinto al de daño,



de manera que se puede advertir su coincidencia con el elemento de la culpa, si se tiene en cuenta el aspecto volitivo de quien extralimita el alcance de un derecho que le ha sido reconocido.

En este orden debemos precisar cuáles son los derechos del paciente que se pueden encontrar vulnerados por actos médicos, si se tiene en cuenta la noción de salud como un derecho subjetivo, recurriendo a la disposición de la Ley 1751 de 2015, la cual parte de la existencia del Sistema General del Seguridad Social en Salud estructurado por la Ley 100 de 1993:

*“Artículo 10. Derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud:*

*a) A acceder a los servicios y tecnologías de salud, que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad;*

*b) Recibir la atención de urgencias que sea requerida con la oportunidad que su condición amerite sin que sea exigible documento o cancelación de pago previo alguno;*

*c) A mantener una comunicación plena, permanente, expresa y clara con el profesional de la salud tratante;*

*d) A obtener información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud tratante que le permita tomar decisiones libres, conscientes e informadas respecto de los procedimientos que le vayan a practicar y riesgos de los mismos. Ninguna persona podrá ser obligada, contra su voluntad, a recibir un tratamiento de salud;*

- e) A recibir prestaciones de salud en las condiciones y términos consagrados en la ley;*
- f) A recibir un trato digno, respetando sus creencias y costumbres, así como las opiniones personales que tengan sobre los procedimientos;*
- g) A que la historia clínica sea tratada de manera confidencial y reservada y que únicamente pueda ser conocida por terceros, previa autorización del paciente o en los casos previstos en la ley, y a poder consultar la totalidad de su historia clínica en forma gratuita y a obtener copia de la misma;*
- h) A que se le preste durante todo el proceso de la enfermedad, asistencia de calidad por trabajadores de la salud debidamente capacitados y autorizados para ejercer;*
- i) A la provisión y acceso oportuno a las tecnologías y a los medicamentos requeridos;*
- j) A recibir los servicios de salud en condiciones de higiene, seguridad y respeto a su intimidad;*
- k) A la intimidad. Se garantiza la confidencialidad de toda la información que sea suministrada en el ámbito del acceso a los servicios de salud y de las condiciones de salud y enfermedad de la persona, sin perjuicio de la posibilidad, de acceso a la misma por los familiares en los eventos autorizados por la ley o las autoridades en las condiciones que esta determine;*
- l) A recibir información sobre los canales formales para presentar reclamaciones, quejas, sugerencias y en general, para comunicarse con la administración de las instituciones, así como a recibir una respuesta por escrito;*

*m) A solicitar y recibir explicaciones o rendición de cuentas acerca de los costos por los tratamientos de salud recibidos;*

*n) A que se le respete la voluntad de aceptación o negación de la donación de sus órganos de conformidad con la ley;*

*o) A no ser sometidos en ningún caso a tratos crueles o inhumanos que afecten su dignidad, ni a ser obligados a soportar sufrimiento evitable, ni obligados a padecer enfermedades que pueden recibir tratamiento;*

*p) A que no se le trasladen las cargas administrativas y burocráticas que les corresponde asumir a los encargados o intervinientes en la prestación del servicio;*

*q) Agotar las posibilidades de tratamiento para la superación de su enfermedad”.*

Igualmente, a lo largo de la Ley 2381 de 1981 se encuentran dispersos deberes del médico respecto a sus pacientes. Como consecuencia, es necesario que se comprenda el contraste entre los actos médicos y las obligaciones y deberes establecidos por normas de carácter legal o por reglas técnicas, como dos nociones distintas. Los primeros, entendidos como manifestación material de la voluntad del médico dirigida a obtener la prevención o curación de la enfermedad del paciente, y los segundos, como exigencias que sirven de criterio para establecer si ha existido culpa por parte del médico, que pueden ser eventualmente incumplidas en el ejercicio de la voluntad del médico.

Así, sobre la base de lo planteado anteriormente, y de acuerdo al esquema esbozado del sistema de responsabilidad civil para la ubicación de la lex artis en su interior, podemos advertir que los actos médicos pueden implicar culpa por el incumplimiento de los deberes y obligaciones establecidos en normas de orden legal y reglamentario, y, además, por en incumpliendo del

deber general de prudencia que contiene la lex artis como parámetros técnicos.

Consecuentemente, un acto médico puede incurrir en ambos incumplimientos conllevando la culpa. Por ejemplo, cuando un médico omite su obligación legal de informar en determinada forma a su paciente sobre el procedimiento médico a aplicar para obtener su consentimiento, estaría incurriendo en la vulneración del literal d, del Artículo 10 de la Ley 2381 de 1981, sobre el derecho del paciente a obtener información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud tratante que le permita tomar decisiones libres, conscientes e informadas respecto de los procedimientos que le vayan a practicar y riesgos de los mismos.

Sin embargo, el consentimiento informado también puede ser entendido como acto médico que cumple o vulnera los parámetros que reclama la lex artis médica, en la búsqueda de estructurar un criterio en el paciente, lo suficientemente consistente para asumir el riesgo de manera consentida. Dicha perspectiva ha sido asumida por Monsalve y Navarro (2014, p.95):

*“Una manifestación de la lex artis ad hoc o diligencia profesional exigible es precisamente el acatamiento y observancia de los derechos de los pacientes a ser informados y a manifestar su consentimiento antes de una intervención; por ello, forma parte de toda actuación de asistencia”.*

Con el fin de hacer una mejor ilustración sobre este punto, podemos tomar como ejemplo la historia clínica, la cual según el Artículo 34 de la Ley 23 de 1981, es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente, siendo por tanto su diligenciamiento, una obligación legal para el médico. No obstante, visto desde otra perspectiva, constituye un acto médico de tipo documental el hecho de registrar dichas circunstancias de salud de la persona atendida, el cual requiere el cumplimiento de unas características que determinan su correcto diligenciamiento. Estas características han sido apreciadas a través del desarrollo de la praxis médica y, por tanto,

no están contempladas normativamente, pero se han podido identificar como una regularidad en las actuaciones médicas, y de las cuales hace mención Herrera (2008), como la de integridad, que debe ser secuencial, debe ser hecha con racionalidad científica, debe encontrarse en estado de disponibilidad y debe ser registrada oportunamente, es decir de manera inmediata a cada acto médico a registrar.

De lo anterior se puede entender que cuando un acto médico ha cumplido con los presupuestos que precisa la lex artis como adecuados para procurar una efectiva curación o prevención, se puede inferir que quien lo ejecuta, es un profesional que se sujetó a las reglas técnicas de la medicina como arte y, por tanto, se infiere que es un buen médico. Así mismo, también, lo concibe Herrera (2008, p.205):

*“De forma que si la actuación se adecua a las reglas técnicas pertinentes se habla de “un buen profesional, un buen técnico, un buen artesano”, y de una buena “praxis” en el ejercicio de una profesión. Suele aplicarse el principio de la lex artis a las profesiones que precisan de una técnica operativa y que plasman en la práctica unos resultados empíricos. Entre ellas destaca, por supuesto la profesión médica, toda vez que la medicina es concebida como una ciencia experimental”.*

Esta necesidad que deviene en deber, como lo es el de prudencia, implica que los actos del médico se sujeten a las reglas construidas con base en la experiencia y el conocimiento médico y, que recurran a estas para establecer si el médico ha actuado de forma debida o indebida, es decir, si ha sido conforme o inconforme a la lex artis médica, con el fin de poder configurar el elemento de la culpa y, sumado a lo demás elementos, erigir la responsabilidad civil del médico.

**Funciones de la lex artis**

Analizado el concepto y el lugar que ocupa la lex artis dentro del contexto de la responsabilidad civil médica, pasamos a estudiar sus funciones.

Trayendo a colación algunos conceptos pertinentes de la doctrina, procuraremos extraer las funciones de la lex artis y determinaremos cuáles son las pertinentes para su estudio dentro del espectro jurídico de la responsabilidad civil.

Dentro de la variedad de perspectivas doctrinales podemos observar dos líneas, una que define a la lex artis como el conjunto de reglas que debe observar un médico para que el acto que ejecuta cumpla con el objetivo de curar o prevenir la enfermedad, a fin de alcanzar el estado salud y, por otro lado, el concepto que la entiende como un criterio para valorar si el acto médico coincide con los que realizaría un buen profesional de la medicina, es decir, si se aplicó correctamente según la regularidad trazada por la experiencia y el conocimiento adquirido mediante el estudio de la medicina.

Teniendo en cuenta lo anterior, de manera más concreta, las funciones de la lex artis son dos. La primera de ellas, sería la que permite establecer si el acto médico se ha ejecutado de buena forma, es decir, conforme a lo que reclama la técnica médica. La segunda, sería aquella según la cual, esta permite que el médico sepa cómo debe actuar en determinados casos. En otras palabras, la lex artis tiene una función previa y otra posterior, correspondiendo la primera al ámbito de la actividad médica mientras la segunda al ámbito jurídico, precisamente al de la responsabilidad civil médica. Esta última es la que aborda este trabajo investigativo.

En ese orden de ideas, cuando surge una controversia por un acto médico y esta se traslada al plano jurídico, atendiéndolo como hecho jurídico con el fin que se constituyan obligaciones, circunstancias que son abordadas por el juez, quien la erigirá como una litis. En

estos casos, de un lado, como partes, intervienen el médico o equipo médico como prestadores de servicios de salud y, por otro lado, el paciente, quien considera que deben cumplirse con obligaciones, ya sean contractuales o extracontractuales, o en otras palabras, que se cumpla lo acordado o se restablezca el eventual daño que se cause.

Es en el proceso judicial en donde se deberá estudiar si ha existido una mala praxis médica como consecuencia del incumplimiento de la técnica médica. Para esto deberán intervenir los actores procesales aportando supuestos fácticos y jurídicos que permitan apreciar o desestimar la existencia de un acto médico que no cumple con los que se considera como requerido en determinado momento y en determinadas circunstancias para curar o prevenir las enfermedades que padezca el paciente, con el fin de promover un buen estado de salud.

Desde este punto, se reitera, que la actividad médica, como derivación de la actividad humana se encuentra sujeta a las condiciones que ofrece el desarrollo científico, técnico y tecnológico, razón por la cual, para efectos procesales es adecuado usar el concepto de *lex artis ad hoc*, entendido como el conjunto de reglas establecidas dentro del desarrollo de la técnica médica que son aplicables en la vigencia de determinado caso, por encontrarse subsumido el acto médico en circunstancias particulares de tiempo, modo y lugar. Es decir, la *lex artis ad hoc*, como concepto derivado de la *lex artis a secas*, es el concepto adecuado para su empleo en el estudio de una solución a una controversia jurídica suscitada en el plano de la relación médico paciente, como consecuencia de lo que se consideraría un mal acto médico.

Por las razones expuestas, es la *lex artis ad hoc* el criterio que debe guiar el estudio del acto médico dentro del punto de vista técnico de la responsabilidad civil médica. De esa forma, si el juez concibe la existencia de responsabilidad del médico, deberá hacerlo considerando los elementos estructurales de la responsabilidad civil, ora contractual, ora extracontractual, lo cual

presupone que, si se estudia la existencia del elemento de la culpa, se deberá analizar el cumplimiento de la lex artis ad hoc *en el acto médico*.

En materia de responsabilidad civil extracontractual, la función de la lex artis médica cumple un mayor o menor papel, dependiendo de la precisión con que se estipulen las obligaciones en el contrato de asistencia médica. Es decir, más claramente, podrá endilgarse responsabilidad del médico por el incumplimiento de obligaciones contractuales que puede ocurrir en la ejecución de un contrato de asistencia médica, cuando se ha estipulado la consecución de determinados resultados.

Consecuentemente, si el contrato de asistencia médica se establece con estipulaciones de carácter general, sin especificaciones de carácter técnico, precisamente en cuanto a la técnica aplicable, se debe entender que el criterio para estudiar la existencia de culpa por incumplimiento del deber general de prudencia es el de la lex artis ad hoc.

Estas circunstancias pueden variar en el caso de un contrato de asistencia médica que estipula obligaciones de forma específica en cuanto a la técnica aplicable en un determinado acto médico, por lo que la lex artis aplicable puede estar determinada por lo que dispongan las partes en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, siempre que no se omitan las obligaciones de carácter legal en materia médica, como puede ser la de obtener el consentimiento informado del paciente en determinadas condiciones. Por ejemplo, estas circunstancias pueden observarse en el campo de la cirugía estética, donde si bien, eventualmente, pueden existir novedosos procedimientos, con nuevas técnicas, es dable la implementación de técnicas diferentes o antecedentes, siempre que se estipule contractualmente y se cumpla con requerimientos legales como lo es el del mencionado consentimiento informado. De lo contrario, debe entenderse como aplicable la lex artis ad hoc, por lo que en este caso, la lex artis servirá como criterio para revisar



si lo ejecutado corresponde a la técnica estipulada. Por tanto, como regla general el juez siempre recurrirá a la lex artis ad hoc con el fin de revisar si la técnica aplicada corresponde a la técnica aplicable según las reglas del arte médico, para poder determinar la existencia de culpa.

### **Funciones de la lex artis según la ley colombiana**

Al revisar las normas que puedan referirse de manera directa o indirecta, es decir de manera taxativa o tácita a la lex artis médica, identificamos la Ley 2381 de 1981, por la cual se dictan normas en materia de ética médica, la cual establece en su Artículo 1, como uno de los principios constitutivos del fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre Ética Médica:

*“2. El hombre es una unidad síquica y somática, sometido a variadas influencias externas. El método clínico puede explorarlo como tal, merced a sus propios recursos, a la aplicación del método científico natural que le sirve de base, y a los elementos que las ciencias y la técnica ponen a su disposición.*

*En consecuencia, el médico debe considerar y estudiar al paciente, como persona que es, en relación con su entorno, con el fin de diagnosticar la enfermedad y sus características individuales y ambientales, y adoptar las medidas, curativas y de rehabilitación correspondiente. Si así procede, a sabiendas podrá hacer contribuciones a la ciencia de la salud, a través de la práctica cotidiana de su profesión”.*

Así, teniendo en cuenta lo anterior, se puede advertir que no se registra de manera expresa el término lex artis, como quiera que este ha sido un término adoptado por vía jurisprudencial. Sin embargo, no es traída a colación en vano esta norma, si se tiene en cuenta que en su primer aparte hace referencia a la concepción médica con fines legales del hombre

como unidad psíquica y somática, que puede ser sometido a exploración empleándose los elementos que la ciencia y la técnica médica disponen.

Hasta ese aparte, la norma tiene un carácter meramente descriptivo y no dispositivo, por lo que no reclama cumplimientos de conducta alguno, en el sentido que alude a la posibilidad de emplear la técnica puesta a disposición.

No obstante, al dirigirnos seguidamente al numeral 4 de la misma norma, nos encontramos la alusión a la relación médico – paciente como un factor fundamental en la práctica médica, siendo que en esta se materializan los actos médicos que, bien se dirigen a procurar la obtención del mejoramiento en la salud del paciente y, por tanto, tendrá repercusiones de distinta naturaleza, partiendo de la premisa que “la relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico, el cual impone la más estricta reserva profesional”.

Sin embargo, si bien sólo podría parecer un mero valor de carácter ético, teniendo en cuenta la materia regulada en esta misma, en su Artículo 10 precisa que comprende un conjunto de normas permanentes sobre ética médica a que debe ceñirse el ejercicio de la medicina en Colombia, aclarando que lo único que distingue estos principios de otros regulatorios de las conductas de otros individuos es las implicaciones humanísticas que conlleva, de lo que no descartamos que pueda tener repercusiones jurídicas.

Por otro lado, teniendo en cuenta que la materialización de las conductas que constituyen la práctica médica parten del hecho de asumir responsabilidad de los actos realizados y, teniendo en cuenta la disponibilidad de la información adquirida por medio de la ciencia y la técnica, éste debe ser empleado con suficiente conocimiento, de manera que el éxito no dependerá de los logros conseguidos en materia de curación, sino que lo que se exige al médico, es que se haya

realizado lo posible dentro de lo técnicamente posible, a lo cual, finalmente podrá describirse como un acto médico responsable.

En ese sentido, la lex artis encuentra un lugar en el espacio normativo de la Ley 23 de 1981, teniendo en cuenta que el éxito de la relación médico paciente, depende , entre otros aspectos, del compromiso basado en la responsabilidad, lo cual implica que el profesional haga uso de los medios que le proporcionan la ciencia y la técnica para el momento en que surge el vínculo entre quien requiere alcanzar el estado de salud y quien puede y sabe cómo procurarlo, es decir, más precisamente, partiendo de la premisa de conocer cuáles son los actos médicos indicados para alcanzarlo y dominar las pautas establecidas dentro de lo conocido como correctas.

Por tanto, puede colegirse una vez más, que la función de la lex artis, según la ley, es solamente la de la orientar los actos médicos con dirección a alcanzar el objetivo del éxito determinado por los elementos que integran un compromiso fundado en la responsabilidad, como lo es la jurídica de orden civil, entre otros aspectos como la lealtad y la autenticidad.

#### **1.1.1. Análisis de la jurisprudencia de la corte suprema de justicia y del consejo de estado para determinar las funciones, medios de prueba y carga probatoria de la lex artis al interior de los procesos judiciales de responsabilidad médica en Colombia**

Una vez estudiado el concepto y, consecuentemente, las funciones de la lex artis desde diferentes nociones doctrinales, debe constatarse si éstas han sido aprehendidas dentro del contexto y la finalidad práctica, por lo cual es necesario recurrir a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, del Consejo de Estado, pues como vimos al iniciar el presente trabajo investigativo, la relación medico-paciente puede transcurrir tanto en el contexto privado como el

público. Para ello, hemos tomado una muestra de las sentencias de ambas altas corporaciones judiciales, entidades que han dedicado su estudio a este tema, tal como se expone en lo sucesivo. De esta forma, podrá determinarse qué funciones le han sido atribuidas a las reglas del arte médico dentro de los procesos judiciales de responsabilidad médica en cada escenario, es decir, por un lado, el de la responsabilidad surgida en controversias suscitadas entre particulares y, por otro, la surgida en las controversias acaecidas entre particulares y el Estado a través de sus agentes del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Con dichas finalidades y en un orden cronológico, abordaremos el estudio desde grupos selectos de sentencias de casación emitidas por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y de reparación directa emitidas por el Consejo de Estado, los cuales ilustran sustancialmente el elemento de la culpa y de la falla en el servicio, sobre la base de la búsqueda realizada en los registros de los sistemas de consulta de jurisprudencia dispuestos en el sitio web de cada órgano judicial.

Dichas sentencias analizadas fueron seleccionadas de un grupo mayor, pero considerando para el desarrollo de la investigación las que tienen un nivel mayor de abordaje de la culpa como elemento integrante de la responsabilidad civil médica; más precisamente, las que se aproximan de manera sustancial al estudio del cumplimiento o incumplimiento de las reglas técnicas de la Medicina, descartando aquellas que dirimen la controversia jurídica desde la perspectiva procesal o probatoria.

### **Análisis de una muestra de sentencias de la Corte Suprema de Justicia**

A continuación se realizará un análisis de una muestra constituida por once sentencias de esta alta Corporación, proferidas entre los años 2001 y 2018. En cada sentencia revisada, se analizaron los principales hechos del caso, el problema jurídico, así como los principales

argumentos de la decisión de los jueces, teniendo en cuenta las distintas instancias judiciales que atravesó el proceso hasta llegar a la Corte Suprema de Justicia.

**A. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 30 de enero de 2001. Sala de Casación Civil.**

**M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Expediente N.5507.**

Se resuelve recurso de Casación interpuesto contra sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito de Santa Fe de Bogotá de 6 de octubre de 1994.

- Parte demandante: Eduardo Afanador Salomón y Alba Luz Gordillo, en nombre y representación de sus hijas María Juliana y Luisa Afanador Gordillo.
- Parte demandada: José Antonio Rivas Correa, médico especialista en Otología.
- Hechos del caso: el 20 de octubre de 1987, Eduardo Afanador asistió por primera vez al consultorio de José Antonio Rivas, médico especialista en otología, por presentar sensación de oído derecho tapado de mes y medio de evolución. Hipoacusia izquierda leve, rinorrea, carraspeo, obstrucción nasal con escurrimiento posterior”.

El 24 de noviembre de 1987, se le realizó intervención quirúrgica en el Hospital Militar por el Dr. José Antonio Rivas, consistente en extirpación de exóstosis en conducto auditivo externo bilateralmente. También, ampliación del conducto con fresa, con reposición de piel del conducto bilateral, visualizándose membrana timpánica.

El 14 de diciembre de 1987 el paciente relató sensación del oído izquierdo tapado con tinnitus. Otoscopia izquierda reflejó membrana timpánica perforada y otoscopia derecha reflejó membrana timpánica normal,

El 20 de enero de 1988, según historia clínica, se recomendó la realización de miringoplastia izquierda con exámenes prequirúrgicos, para reparar agujero existente en el

tímpano izquierdo. Así, el 10 de marzo de dicho año se intervino quirúrgicamente al paciente para realizarle el procedimiento recomendado.

El 5 de marzo de 1988, de acuerdo a los registros de la historia clínica del paciente, otoscopia realizada reveló tímpano izquierdo íntegro.

A fecha 29 de mayo de 1988, el paciente continuaba presentando tinnitus en oído izquierdo.

- Problema Jurídico: ¿Es responsable la parte demandada de indemnizar a la parte demandante como consecuencia de presuntos daños materiales y morales que le son atribuidos por supuesta mala praxis médica dentro de la realización del procedimiento extirpación de exóstosis y ampliación de conducto auditivo al paciente que, como presunto, ocasionó perforación de membrana timpánica?
- Decisión de primera instancia: el Juzgado 19 civil del circuito de Bogotá negó las pretensiones de la demanda.
- Decisión de segunda instancia: se confirmó decisión de primera instancia, considerando que no se probó que hubiera perforación causada por fresado de exóstosis.
- Argumentos sustanciales de la demanda de casación: para el recurrente demandante, el tribunal dijo no tener conocimiento indispensable para hacer un juicio de valor sobre la velocidad de la fresa empleada en la intervención quirúrgica realizada y la inminente ruptura de la membrana timpánica, situación a la cual le atribuye un error, con fundamento en que cualquiera sea el número de revoluciones o velocidad a que gira la fresa, el hecho relevante es que la fresa de diamante empleada, si rompió el hueso craneal, es capaz de perforar el tímpano con un mínimo roce. Además, que debió considerarse la distancia entre la exóstosis y el tímpano. Por tanto, se demanda la reparación de daños físico, vida en relación y perjuicios.

- Argumentos y decisión de la Corte: la corte consideró que, si bien el uso de la fresa para la extirpación de la exóstosis implica riesgo de perforación de la membrana timpánica, según el concepto emitido por Medicina Legal, no necesariamente se concluye que la perforación se originó con el fresado. Finalmente, falla en sentido de no casar la sentencia.
- Agentes y fuentes de consulta de la lex artis: concepto emitido por perito médico del Instituto de Medicina Legal.
- Medios de prueba utilizados para demostrar el cumplimiento o incumplimiento de la lex artis médica: historia clínica y versiones de testigos presenciales en la intervención quirúrgica.
- Carga probatoria del cumplimiento de la lex artis médica: para la Corte, la carga de la prueba de las prestaciones debidas es variable; según el caso concreto es dinámica, ya que depende de las variables del caso concreto, para el efecto de decidir con justicia y equidad. Adicionalmente, consideró, en la providencia tratada, sobre la implementación de este sistema de cargas probatorias para el efecto de aplicar la lex artis ad hoc:

Todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artix).

- Función de la lex artis: en el texto de dicha sentencia, la Corte estimó que la lex artis se dirige a valorar la corrección o no del resultado de la conducta del médico, conforme a la técnica normal requerida; o sea, que esa actuación médica sea adecuada o corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos.

Sobre este punto particular, revisado el texto, se encuentran planteamientos sobre este tema por parte del Tribunal Supremo Español (2011), citado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema dentro de la providencia en estudio (2001), los cuales enuncian sobre la lex artis y la lex artis ad hoc:

*“la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la Medicina ‘Lex artis ad hoc’, debe tener en cuenta “las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado); siendo sus notas: 1) Como tal ‘lex’ implica una regla de medición de una conducta, a tenor de unos baremos, que valoran la citada conducta; 2) Objetivo: valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida, o sea, que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos; 3) Técnica: los principios o normas de la profesión médica en cuanto ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor o profesionalidad: el autor o afectado por la ‘lex’ es un profesional de la Medicina; 4) El objeto sobre que recae: especie de acto (clase de intervención, medios asistenciales, estado del enfermo,*



*gravedad o no, dificultad de ejecución); 5) Concreción de cada acto médico o presupuesto 'ad hoc': tal vez sea éste el aporte que individualiza a dicha 'lex artis'; así como en toda profesión rige una 'lex artis' que condiciona la corrección de su ejercicio, en la médica esa 'lex', aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán en un sentido u otro los factores antes vistos”.*

**B. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 19 de diciembre de 2005. Sala de Casación Civil. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Expediente C-1100131030381997-00491-01.**

- Parte demandante: Edgar Adolfo López Jiménez y Elizabeth Jiménez.
- Parte demandada: Cruz Roja Colombiana, Seccional Cundinamarca y Bogotá.
- Hechos del caso: a raíz de un fuerte dolor lumbar, el demandante López Jiménez fue atendido en la Clínica Partenón de Bogotá D.C. por el doctor Rudolph Martínez, aplicándosele una inyección de buscapina y líquidos endovenosos, y al producirse una reacción fuerte al medicamento y perder el conocimiento, con falla respiratoria y baja de la tensión arterial, fue necesaria una intubación orotraqueal, empezando la ventilación artificial, haciéndose necesario su traslado, a las “0:00 a. m. del 14-10-95”, al Hospital Militar Central, a cuyo efecto se solicitó el servicio de urgencias de la entidad demandada

De acuerdo a los hechos planteados por el demandante, el médico designado para el traslado, Doctor Mario Castillo Romero, descuidó al actor por imprudencia, negligencia o imprevisión, al tolerar el lento paso de la ambulancia y no verificar su estado, por lo que, según el demandante, parece ser que, aun habiendo sido bien entubado, se le salió el tubo al mover al

paciente o quedó mal entubado desde el principio y el médico no se dio cuenta, llegando al lugar de destino en estado cianótico y mal entubado, esto es con el tubo fuera de la vía aérea.

Por lo anterior, de acuerdo a los hechos registrados en la demanda, el demandante sufrió daño cerebral por hipoxemia con secuelas permanentes de pérdida funcional del sistema nervioso central, de los órganos de aprehensión, locomoción, excreción urinaria y defecación, mudéz, ceguera y deformidad física, fruto del delito de lesiones personales culposas que, durante el traslado, cometió el médico al servicio de la entidad demandada.

- Problema Jurídico: ¿Es responsable la parte demandada de indemnizar a la parte demandante como consecuencia de presuntos daños materiales y morales que le son atribuidos por supuesta mala praxis médica dentro de la supuesta realización de un lento traslado en ambulancia del paciente y que no se advirtiera el estado de salud del paciente respecto a una supuesta falla en intubación orotraqueal?
- Decisión de primera instancia: el Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 27 de mayo de 2002, negó las pretensiones.
- Decisión de segunda instancia: el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil superior confirmó la sentencia apelada, al concluir que la salida del tubo orotraqueal durante el transporte del demandante, como lo registró el médico del Hospital Militar Central que lo recibió, esto es con el tubo “fuera de la vía aérea”, no había sido la causa determinante de la lesión cerebral.
- Argumentos sustanciales de la demanda de casación: según el demandante, el último dictamen expedido por el Instituto de Medicina Legal, con fecha 20 de mayo de 1999, fue ampliado en sus alcances, ya que es muy posterior a los hechos que generaron la controversia. Seguidamente, adujo, el error se acrecienta cuando el Tribunal ignora un dictamen previo de la

misma institución, rendido el 10 de septiembre de 1996, según el cual el daño cerebral del demandante se debió a “hipoxemia, posiblemente debido a la presencia del tubo orotraqueal por fuera de la vía aérea, posterior a la reacción del paciente a la aplicación de la buscapina”.

Además, manifestó el demandante que la historia clínica elaborada por el médico de la demandada, doctor Mario Castillo Romero, registra que el paciente se encontraba consciente, normal, que no crítico, no presentaba estado cianótico ni hipoxemia marcada; situación que confrontó al resumen de la historia clínica del Hospital Militar Central, que señaló como preterido, donde se consigna que el paciente había sido recibido con el “tubo orotraqueal por fuera de la vía aérea”, en el cual se podía colegir que la víctima fue objeto de un “irregular entubamiento” por parte de un dependiente de la demandada. Por estas razones, expresaron los recurrentes que si el Tribunal hubiera confrontado ambas historias clínicas habría notado las marcadas diferencias y apreciado los estados “crítico” y “cianótico”, “hipoxemia marcada, tubo orotraqueal por fuera de la vía aérea”, con las “secuelas sobre el sistema nervioso central y el cerebro”, que lo habrían llevado a dar por establecido la relación de causalidad entre el hecho dañino y el resultado.

- Argumentos y decisión de la Corte: menciona la Corte que, según la historia de la Clínica Partenón, antes del traslado, en la valoración de medicina interna se confirmó el diagnóstico “anafiláctico y edema pulmonar” en el paciente, el cual se encontraba en “pobres condiciones” con “marcada dificultad respiratoria” y “cianosis periférica”, y que, adicionalmente, se conocieron otros dos dictámenes periciales, no mencionados en el cargo, que en términos generales coinciden con los otros analizados, uno suscrito por un neurólogo de la Universidad Nacional de Colombia y el otro por dos médicos anestesiólogos especializados en cuidado crítico de la Clínica San Pedro Claver. El último, según la Corte, fundado igualmente en todas las

historias clínicas, además de ratificar que la variación del cuadro clínico o empeoramiento de las condiciones del demandante se debió a la “severidad de la enfermedad de base” (reacción anafiláctica a la buscapina y edema pulmonar), destaca que durante el traslado, el cual duró aproximadamente 30 minutos, el paciente debía estar bien entubado y asegurada la vía aérea, porque como se encontraba “bajo los efectos de la relajación con pavulón” -medicamento., en “2 ó 3 minutos” habría presentado un “colapso cardiovascular”, y porque la presencia de “material rosado espumoso”, como se consignó en la historia del Hospital Militar, indicaba que la cánula estaba en la vía aérea. Así, registra la sentencia, que dicho dictamen concluyó que el “desplazamiento del tubo orotraqueal debió ser en el momento mismo del traslado del paciente de la camilla de la ambulancia medicalizada a la cama de la Unidad de Cuidado Intensivo (...), o en el momento de la laringoscopia para revisión”.

Por otra parte, considerando lo manifestado el médico que trató al paciente, Dr. Castillo Romero, este coincide con lo anterior, al decir en su declaración que la salida del tubo de la vía aérea habría sido “mortal”, porque para entubar al paciente fue “necesario administrar pavulón el cual es un relajante muscular que produce parálisis de los músculos respiratorios”, luego “si no hay una máquina que hace las veces de estos músculos correctamente conectada”, el paciente entraría en “amnea”, lo cual “en la mayoría de los casos pasados 5 minutos se produce la muerte”, y el traslado, según se registra en las historias clínicas, duró “aproximadamente 40 minutos”.

Por tanto, la Corte manifestó que tales errores de hecho en la sentencia señalados por el demandante, con las características de manifiestos y trascendentes, no existen, porque sin perjuicio de la responsabilidad que se le pueda atribuir a las demás personas naturales o jurídicas que participaron en la atención médica solicitada y que no fueron demandadas, lo cierto es que

ninguna de las pruebas que al respecto se singularizaron ponen de presente que la hipoxia que sufrió el demandante, con las desafortunadas secuelas neurológicas anotadas, haya tenido como causa el procedimiento de intubación oro-traqueal que realizó el médico de la Cruz Roja, o el traslado del paciente que el mismo profesional verificó de un hospital a otro en una ambulancia de la misma institución.

Así mismo, agregó que las demás pruebas periciales referidas en el cargo, practicadas en el transcurso del proceso, tampoco ponen de presente que la hipoxia haya tenido como origen la salida del tubo oro-traqueal de la vía aérea.

- Agentes y fuentes de consulta de la lex artis: dictamen emitido por Medicina Legal, dictamen emitido por médico del Instituto de Seguros Sociales y dictámenes periciales emitidos por anesestesiólogos de la Clínica San Pedro Claver.
- Medios de prueba utilizados para demostrar el cumplimiento o incumplimiento de la lex artis médica: historia clínica.
- Carga probatoria del cumplimiento de la lex artis médica: la corte precisa que la responsabilidad médica parte de la culpa probada; es decir, corresponde al demandante probar que la conducta del médico o prestador de servicios de salud ha sido negligente, perita y/o imprudente.
- Función de la lex artis: según la Corte, la lex artis cumple la función de permitir demostrar la culpa por el incumplimiento de las reglas de la técnica médica; más claramente, esta se usa en la responsabilidad civil con dirección a demostrar la culpa.

**C. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 18 de diciembre de 2009. Sala de Casación Civil. M.P. William Namen Vargas Expediente 11001-3103-018-1999-00533-01.**

- Parte demandante: Omar Verano Lemus, Amira del Carmen Garzón Rodríguez, Luisa Fernanda y Paula Natalia Verano Garzón y Omar Andrés Verano Gracia.
- Parte demandada: Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A. y la Asociación Médica de Especialistas Pragma S.A. -Clínica Pragma S.A.-:
- Hechos del caso: Aream Alexander Verano Garzón, acudió al especialista por una dificultad respiratoria, el cual le recomendó una cirugía denominada “*septoplastia y turbinoplastia*”, la cual le practicó el 23 de diciembre de 1997 en la Clínica Pragma S.A., donde ingresó a las 8.00 a.m. y salió a las 3.30 p.m.  
El 27 de diciembre siguiente, el paciente falleció por “disfunción orgánica múltiple, sepsis, post-operatorio de septoplastia”. Como consecuencia de la muerte de la víctima, los demandantes solicitaron la reparación de daños materiales y morales causados por los demandados.
- Problema Jurídico: ¿Es responsable la parte demandada de indemnizar a la parte demandante como consecuencia de presuntos daños materiales y morales que le son atribuidos por mala praxis médica consistente en la presunta atención inadecuada y tardía del paciente dentro de etapa postoperatoria a septoplastia?
- Decisión de primera instancia: El Juzgado Promiscuo del Circuito de La Palma, Cundinamarca, en descongestión del Juzgado Dieciocho Civil Circuito de Bogotá, emitió fallo desestimatorio de fecha 24 de mayo de 2006.
- Decisión de segunda instancia: el ad quem consideró que la parte actora respaldó sus súplicas en una copia ilegible de la historia clínica del occiso, el formulario de afiliación a Sanitas S.A. y el certificado de necropsia de Medicina Legal, donde consta como causa de la muerte la “disfunción orgánica múltiple, sepsis”, sin aportar nada más para establecer que la cirugía fue la causa del fallecimiento del paciente, ni demostrar los elementos de la

responsabilidad reclamada: el nexo entre la acción cumplida por las demandadas o sus agentes y el daño ocasionado.

Además, ordenó de oficio la práctica de un dictamen pericial por el Instituto de Medicina Legal, cuyos forenses indicaron “que con fundamento en esa prueba documental -historia clínica y demás documentos allegados con la demanda- no podía verificarse información sobre el procedimiento y control postoperatorio, ni evaluarse el estado real del joven para ese momento, como la atención médica recibida” y en punto de la causa del fallecimiento “que la documentación disponible sólo permitía relacionar la causa de muerte con un proceso séptico (infeccioso) generalizado que lleva la falla de los órganos del individuo (...) correspondiendo a una complicación inherente al procedimiento”, sin determinar la septoplastia y turbinoplastia practicada como causa del fallecimiento, ni acreditarse el nexo causal.

Por tanto, el sentenciador concluyó la carencia absoluta de respaldo probatorio de las pretensiones de los demandantes, de manera que las desestimó.

- Argumentos sustanciales de la demanda de casación: concluyeron los casacionistas, del dictamen emitido por el Instituto de Medicina Legal, la falta de cuidado y diligencia del médico tratante, omitiendo la atención debida, obligación que para el caso consideraron de resultado, por tratarse del cuidado post-quirúrgico y la falta de ilustración en la consulta del 26 de diciembre de 1997, siendo evidentes para ellos los yerros del profesional. También, acusaron al juzgador de cercenar la prueba olvidando los deberes del médico, y precisando que la responsabilidad también deviene por omitir los compromisos éticos, inobservando el ad quem la atención indebida del profesional, la información insuficiente y la falta de diligenciamiento del formato de consentimiento para la cirugía, equivocándose con el hecho de no tener por probada la génesis de la causa del fallecimiento en la septoplastia y turbinoplastia, apartando las obligaciones

antecedentes y posteriores a la intervención de la institución y del médico tratante, además de la trascendencia del concepto rendido por el Instituto de Medicina Legal, el cual estableció que el diagnóstico de falla orgánica multisistémica implica una serie de signos y síntomas relacionados con un mal estado general del paciente, que para el caso concreto se relaciona de manera empírica con los datos referidos por familiares del paciente en su declaraciones.

Así mismo, consideraron que, de la prueba documental allegada por la Fiscalía Cuarta Seccional, Unidad Primera de Vida, se advierte la inobservancia por el Tribunal de las pruebas con una conclusión errada, toda vez que la causa de la muerte expresada en el certificado de la necropsia decía “disfunción orgánica múltiple, sepsis”, lo cual requería una explicación científica del origen del mal y, además, que el juzgador debía analizar conjuntamente las probanzas.

- Argumentos y decisión de la Corte: según la Corte, conforme con la inteligencia del médico sobre los riesgos de la operación, síntomas y consecuencias de una sepsis, no se explica cómo, enterado inicialmente -al segundo día de la operación- del dolor de cabeza y fiebre, estimó “que no ameritaba verlo de inmediato”, citándolo para el día siguiente, consulta en la que avisado del “marcado dolor en las pantorrillas”, olvidó lo referido el día anterior y lo evaluó “como síntoma aislado sin relación con la cirugía”, recetándole “calmante y antiinflamatorio”.

Para la Corte no resulta comprensible que sí desde las 4:00 p.m. del 26 de diciembre (dos horas después de la consulta), momento en que conoció la médica de la Clínica Bochica la ceguera de Aream y por la madre del paciente, estando al corriente que a las 9:00 p.m. de ese día ya estaba internado en el hospital San Ignacio y a las 6:00 a.m. del día siguiente en la unidad de cuidados intensivos, el médico sólo concurrió a verlo momentos antes de su fallecimiento, esto es, 14 horas después de desatarse los acontecimientos catastróficos.



Por tanto, consideró la Sala Civil que dicho actuar del médico indubitadamente incidió en el desenlace mortal conocido, pues se advirtió en el informe pericial inicial del Instituto de Medicina Legal, en cuanto al comportamiento del profesional “se considera que no se cumplió la norma de atención en primer lugar en cuanto a que el día 25 de diciembre, al comunicarle telefónicamente el estado del paciente, debió haberse realizado un control personal y valoración completa del paciente”.

Consideró la Corte que el dictamen es explícito respecto de la carencia de los datos legales exigibles a la historia clínica y la insuficiencia de la información indicando en las anotaciones consignadas que establecen que “los documentos revisados registran datos sobre el procedimiento realizado el 23 de diciembre de 1997 y una atención médica el 26 de diciembre la cual es insuficiente en términos de información sobre el estado del paciente para el momento de esa consulta (...) y la información registrada sobre el control postoperatorio es bastante insuficiente y no permite evaluar el estado real del paciente para ese momento, ni la calidad de la atención médica (...) En este sentido la información consignada en la historia (...) de la Clínica Pragma es ampliamente insuficiente”, falta que a su vez consideró coincidente con la ausencia de diligenciamiento del formato “programa de cirugía ambulatoria y de corta estancia” de la Clínica Pragma, reconocido por el médico. Igualmente, sobre el consentimiento de Alexander Verano a la intervención de septoplastia -turbino-plastia, halló que los compromisos y recomendaciones al paciente no tenían fecha ni firmas por parte de éste, del médico y del padre o tutor.

Por las razones expuestas, admitió que los cargos prosperaran, en tanto concluyó que los yerros del juzgador además de manifiestos, eran trascendentes, pues de no haber incurrido en

ello, la decisión sería en otro sentido, razón por la cual impuso la casación del fallo recurrido, para en su lugar, proferir el correspondiente en derecho.

Por tales motivos, la Sala de Casación Civil, casó la sentencia de 24 de enero de 2008, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, considerando que tales aspectos son significativos en la responsabilidad del médico.

- Agentes y fuentes de consulta de la lex artis: dictamen emitido por Instituto de Medicina Legal.
- Medios de prueba utilizados para demostrar el cumplimiento o incumplimiento de la lex artis médica: historia clínica, consentimiento formal del paciente, compromisos asumidos por el paciente y recomendaciones dadas por el médico.
- Carga probatoria del cumplimiento de la lex artis médica: la Corte, citando la sentencia de casación civil de 15 de enero de 2008, expediente 2000-67300-01, recuerda que al demandante incumbe probar esa relación de causalidad o, en otros términos, debe demostrar los hechos de donde se desprende aquella.
- Función de la lex artis: según la Corte, refiriéndose a las normas que disciplinan la ética médica y precisando que son una parte integrante de la lex artis, aclara que, en el ámbito de la responsabilidad, devienen en una valoración; es decir, se observa si las conductas que desarrollan la actividad médica acatan las reglas técnicas de la medicina, incluyendo las normas de la ética médica, para el efecto de determinar la responsabilidad eventualmente existente.

**D. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Sala de Casación Civil. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Expediente No.11001-3103-013-1999-08667-01.**

- Parte demandante: Efraín Arenas Cubillos y María Ascensión Montenegro De Arenas.
- Parte demandada: Clínica El Bosque Ltda., Empresa CE Energía De Bogotá, y fueron vinculadas las aseguradoras Colmena S.A. y La Previsora S.A.
- Hechos del caso: el señor Arenas Cubillos afilió a su nieta Leandra Tatiana Arenas Beltrán, hoy hija adoptiva, al servicio de salud a que tiene derecho en la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, en su condición de pensionado, habiendo ésta expedido en mayo de 1997 el carnet respectivo.

La citada entidad estableció convenios de adscripción con entidades hospitalarias y profesionales para la atención de sus empleados y beneficiarios, entre ellas con la Clínica El Bosque Ltda.

La menor Arenas Beltrán acudió en consulta con el doctor Héctor Gabriel Gómez Velásquez, médico general del Departamento de Salud y Bienestar de la empresa de energía en mención, quien la remitió donde el doctor Gabriel Oliveros Abrajaim, especialista también adscrito a ese servicio, para que le tratara una corrección de estrabismo.

Realizados los exámenes de rigor y la evaluación del anesthesiólogo, el médico Oliveros Abrajaim practicó, el 17 de junio de 1997, en el citado centro hospitalario, la cirugía, pero la paciente en la etapa posoperatoria empezó a convulsionar, siendo atendida por los pediatras seis horas después de que presentó esa sintomatología, momento en el que “una hipertemia maligna” ya había causado afectaciones.

La Secretaría de Salud Distrital adelantó contra la clínica una investigación por esos hechos, habiendo encontrado que existieron fallas en la asistencia médica prestada a la infante, por lo que sancionó a dicha entidad con la imposición de una multa, según la Resolución 00361.

- Problema Jurídico: ¿Es responsable la parte demandada de indemnizar a la parte demandante como consecuencia de presuntos daños materiales y morales que le son atribuidos por supuesta mala praxis médica consistente en el diagnóstico y atención tardíos sobre la paciente Leandra Tatiana Arenas Beltrán?
- Decisión de primera instancia: tras haberse surtido la instrucción del proceso y la etapa de alegatos, el juez cognoscente falló el asunto, mediante sentencia de 19 de octubre de 2005, en la que acogió las súplicas de la demanda y condenó a las aseguradoras llamadas en garantía al pago de las indemnizaciones hasta el monto asegurado.
- Decisión de segunda instancia: el tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá concluyó que en la producción del hecho dañino, cuyo resarcimiento se reclamaba, medió la culpa del centro asistencial demandado, en virtud de que no actuó con la diligencia y cuidado requeridos para evitar las secuelas de la hipertermia maligna sufrida por la menor Leandra Tatiana Arenas Beltran, por cuanto, por un lado, el personal que atendió la complicación presentada por la menor durante la etapa posoperatoria no tomó sus signos vitales, omisión que habría retrasado la diagnosis de la enfermedad por ella padecida; y, por el otro, que una vez fue identificado el mal no le administró oportunamente el medicamento requerido, pues lo hizo después de haber transcurrido 3 horas y 15 minutos, amén que a pesar de los estados febriles no intentó, de inmediato, el control de la temperatura mediante enfriamiento rápido externo.
- Argumentos sustanciales de la demanda de casación: el casacionista denunció que la conclusión del Tribunal es fruto de una indebida apreciación probatoria, pues consideró que el juzgador ad quem pretirió los medios de convicción referidos en el cargo, los cuales acreditan que el personal que atendió la complicación no incurrió en las omisiones imputadas y que el retraso en el diagnostico obedeció a la atipicidad de los síntomas.

- Argumentos y decisión de la Corte: contrariamente a lo concluido por el Tribunal, con base en testimonios rendidos por personal integrante del equipo médico que atendió a la menor, infirió la Sala que la prueba evidenció que a la menor Leandra Tatiana sí le fueron controlados los signos vitales durante la evolución del cuadro clínico que presentó, pues, como pudo observarse, en el resumen de la historia clínica así constaba y fue reafirmado por la prueba testimonial.

La Sala Civil de la Corte Suprema consideró que el censor sólo logró demostrar la estructuración de un yerro fáctico por parte del Tribunal frente a las inferencias concernientes con el retraso del diagnóstico y el uso de medios físicos para bajar la temperatura, más no respecto a la administración tardía del fármaco indicado para el tratamiento de la hipertermia maligna -dantroleno-, cuestión que por sí sola compromete la responsabilidad de la clínica y, por ende, mantiene la sentencia confutada.

Según la Sala, el Tribunal, ciertamente, incurrió en el error de apreciación probatoria imputado por la censura, al colegir que los médicos no intentaron, en forma inmediata, “el control de la temperatura mediante enfriamiento externo”, pues el resumen de la historia clínica y algunos testimonios de quienes intervinieron con atención a la paciente, evidencian que aquellos utilizaron hielo para bajar la fiebre a la niña.

No obstante, dentro de las consideraciones de la sentencia se estableció que no es factible tildar de absurda la inferencia atinente a la tardía administración a la paciente del medicamento prescrito para el manejo de la Hipertermia Maligna, ni hay manera de afirmar que la misma contraría flagrantemente el contenido objetivo del acervo probatorio, pues resulta lógico razonar de esa manera, si se tiene en cuenta, por un lado, que los testigos dicen que el cuerpo médico identificó dicha enfermedad cuando la menor presentó altas temperaturas y que ello acaeció

aproximadamente, minutos más o menos, hacía las 5:00 p.m., diagnosis confirmada por la pediatra intensivista a las 7:30 p.m., y la historia clínica reporta que el Dantrolene fue suministrado a la paciente a las 22:00 horas; y, por el otro, que la administración temprana de dicho fármaco era vital en el tratamiento de la referida enfermedad, además, de que éste podía obtenerse por conducto de la Sociedad Colombiana de Anestesiología, durante las 24 horas del día.

En el mismo sentido, recordó la Corte que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses conceptuó que si la Hipertermia Maligna es fulminante, entonces se necesita urgentemente un tratamiento adecuado para que el paciente sobreviva ,y que el Dantrolene es el fármaco para el tratamiento específico, ya que detiene rápidamente el aumento del metabolismo y secundariamente se traduce en el regreso a los niveles normales de las catecolaminas y del potasio.

Por tanto, advirtió, se verificó que fue alrededor de cinco horas desde el momento en que los síntomas eran más claramente indicativos de la enfermedad, hasta cuando le suministraron a la niña el aludido medicamento necesario. Así, consideró la Sala que fue inexplicable la demora, si se contabiliza el tiempo a partir del momento en que la Dra. Bresciani diagnosticó de manera rotunda la enfermedad (7:30 P.M.).

En ese orden, concluyó la Corte que la sentencia proferida por el Tribunal se revestía por una presunción de acierto y legalidad, la cual en el terreno de los hechos sólo cede ante la demostración de un yerro ostensible, además de trascendente, el cual nunca se advirtió respecto al punto de la demora en el tratamiento.

Consecuentemente, la Corte decidió no casar la sentencia proferida por el Ad quem.

- Agentes y fuentes de consulta de la lex artis: dictamen emitido por Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.
- Medios de prueba utilizados para demostrar el cumplimiento o incumplimiento de la lex artis médica: historia clínica, atestaciones rendidas por personal integrante del equipo médico que atendió al paciente y Resolución emitida por la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá en orden a sancionar a la Clínica del Bosque Ltda. entorno a los mismos hechos.
- Carga probatoria del cumplimiento de la lex artis médica: para la Corte Suprema de Justicia el asunto se encuentra regido por una distribución de la carga probatoria de quien se encuentre en mejor situación de probar determinados hechos, a lo se puede inferir que se refiere a la aplicación de la carga dinámica de la prueba. Así, dentro del caso concreto hace referencia a que corresponde al demandante la prueba de la culpa, salvo algunas excepciones.
- Función de la lex artis: según la Corte, la lex artis constituye un conjunto de medidas o procedimientos que requieren ser agotados a fin conseguir el resultado esperado con el acto médico y que estos sirven para evaluar la existencia de culpa en la conducta del profesional médico

**E. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 28 de junio de 2011. Sala de Casación Civil.**

**M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Expediente No. 05001- 3103-002 -1998- 00869- 00.**

- Parte demandante: Raúl Correa Velásquez, su Compañera, Carmen Elisa Vargas y los hijos de ambos, Daniel y Viviana Correa Velásquez.
- Parte demandada: Clínica de Especialistas Envigado Ltda., “Clinica Envigado”, y la Compañía Suramericana de Servicios de Salud S.A., “Susalud Medicina Prepagada”.

- Hechos del caso: el señor Correa Velásquez es beneficiario del contrato de afiliación suscrito entre Susalud E.P.S. y su compañera Carmen Elisa Vargas Castaño, desde el 4 de diciembre de 1996.

El 4 de octubre de 1997, a la hora de las 2:00 P.M., el citado demandante acudió al servicio de urgencias de la Clínica Envigado, por presentar dolor en todas las articulaciones de los miembros superiores, sudor frío, ganas de vomitar, dolor en las encías y muchos gases, siendo atendido por el Dr. Guillermo León Garcés Cano, quien al examinarlo encontró: “presión arterial 180/120 (brazo derecho acostado), pulso 68 por minuto, afebril, cardiopulmonar”.

El galeno diagnosticó hipertensión y formuló al enfermo una ampolla de lisalgil (analgésico), previa administración de dos pastillas de captopril (antihipertensivo de 25 mg. sublingual), hartman de 500 c.c. (suero) con una ampolla de hiderax (analgésico tranquilizante).

Posteriormente, el paciente presentó angina de pecho y fue dado de alta con receta médica.

El señor Correa tomó los medicamentos recetados, pero el dolor continuó, viéndose forzado a consultar vía telefónica al Dr. Garcés Cano, quien le recomendó tomar Winadine F (analgésico); empero, como no tuvo mejoría y, por el contrario, “los síntomas eran más agudos” (dolor extremidades superiores, opresión del tórax, náuseas, intranquilidad y sudoración), llamaron telefónicamente al médico Guillermo Villa (amigo de su familia), quien diagnosticó un infarto y le ordenó trasladarse de inmediato a un centro de urgencias.

El enfermo fue llevado al Hospital Manuel Uribe Ángel del municipio de Envigado, donde advirtieron que tenía un dolor precordial -localizado, súbito-, irradiado en los miembros superiores e inferiores, por lo que le practicaron exámenes de ácido úrico, glicemia y un electrocardiograma, cuyos resultados mostraron una angina de pecho, para lo cual le formularon



Betaloc 5 Mgs. (antiarritmico-betabloqueador, para disminuir el gasto de oxígeno a nivel del músculo cardíaco), nitroglicerina 3 a 5mgs (antiaginoso y vasodilatador coronario para reducir el dolor).

Agotado el tratamiento indicado para el cuadro clínico atrás descrito y siendo aproximadamente las 9:00 P.M. del día en cuestión, el citado hospital remitió de urgencia al señor Correa a la Clínica Medellín con diagnóstico de “infarto agudo de miocardio anteroseptal killit” (IAM), pues presentaba dolor precordial intenso, al igual que dolor opresivo en los miembros superiores acompañado de diaforésis, sudoración y disnea (nauseas).

El paciente fue intervenido en la aludida clínica, cirugía en la que “recanalizaron la coronaria derecha con balón”, colocándole “un stent de 3.5 X 3”.

La función cardíaca del señor Correa Velásquez se afectó gravemente (se redujo a un 30%), al punto que sigue padeciendo anginas de pecho, requiriendo ser hospitalizado en varias ocasiones.

- Problema Jurídico: ¿Es responsable la parte demandada de indemnizar a la parte demandante como consecuencia de presuntos daños materiales y morales que le son atribuidos por supuesta mala praxis médica consistente en error de diagnóstico y, consecuentemente, de tratamiento aplicado sobre la paciente Raúl Correa Velásquez?
- Decisión de primera instancia: el Juez 2º Civil del Circuito de Medellín dirimió el litigio, mediante sentencia de 19 de diciembre de 2005, en la que declaró civil y solidariamente responsables a las sociedades demandadas, “por falla en el servicio médico”, que causó el daño sufrido por Raúl Correa Velásquez.
- Decisión de segunda instancia: el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín dedujo, que de acuerdo con los síntomas presentados por el paciente cuando consultó al Dr. Cano

Garcés, era patente que el diagnóstico de “crisis hipertensiva” fue acertado y la atención brindada también, según se advertía del dictamen pericial y del testimonio de Guillermo Humberto Villa Toro, médico de confianza del paciente y de su familia, quien sobre el particular dijo: “ yo pienso que fue el adecuado, le colocó líquidos, le puso antihipertensivo que es Captopril, le colocó Ideraz y Lizalgil (sic) para el dolor en las articulaciones, una crisis hipertensiva se maneja así ”, coincidiendo con el concepto emitido por los peritos (cardiólogos), en el que expresaron que “ ‘ajustándose a las notas del médico en esta historia clínica, procedió consecuentemente al diagnóstico realizado y a la respuesta que logró con el programa de tratamiento que le administró’ ”.

Concluyó, entonces, que en la producción del daño cuya indemnización reclamó la parte actora -reducción de la función cardíaca a un 30%- no medió la culpa del médico de la clínica accionada, porque estimó, en primer lugar, que los síntomas que presentaba Raúl Correa Velásquez cuando fue atendido por aquel -2:00 P.M. del 4 de octubre de 1997- eran los que revelaba su historia clínica y descartó que a esa hora hubiese padecido angina de pecho, conforme aduce la parte actora en su demanda. Y, en segundo lugar, coligió que, de acuerdo con la referida sintomatología, el diagnóstico de “crisis hipertensiva” fue correcto y el tratamiento seguido el adecuado, pues esos síntomas no mostraban una lesión de órgano blanco -constitutiva de emergencia hipertensiva- ni eran sugestivos de un infarto para que fuese forzoso realizar interrogatorios más exhaustivos y ayudas diagnósticas para identificar una enfermedad coronaria.

- Argumentos sustanciales de la demanda de casación: el casacionista le enrostra al sentenciador no haber advertido que los peritos dictaminaron que existían medicamentos útiles para destruir o eliminar el trombo o el taponamiento de una arteria coronaria, a la vez que indicaron la importancia de éstos, aspectos que aparecen en las respuestas que dieron en

preguntas a cuestionario formulado. De suerte, pues, que, a su juicio, si el paciente presentaba síntomas claros de un infarto cuando concurrió a la clínica y si el médico hubiese sido diligente le habría administrado medicamentos para suprimir la oclusión que causó el infarto final y el agravamiento de las condiciones de su corazón. Le imputa al fallador haber pasado por alto que por el tratamiento tardío (6 horas después de la iniciación) el daño miocárdico fue mayor, según el concepto de los peritos, y conforme a lo expuesto en literatura médica titulada “Diagnóstico y Tratamiento de Urgencias”, por el autor Charles Saunders.

- Argumentos y decisión de la Corte: la Corte, considerando los conceptos de peritos auxiliares de la justicia, precisó que estos dejaron en claro que la emergencia hipertensiva corresponde a un cuadro clínico producido por la lesión de órgano blanco (cerebro, corazón, riñones, arterias, etc.), cuyos signos característicos son: “elevación súbita o mantenida de la PA con diastólica superior a 130 mmhg; papilemas -no siempre presentes-, deterioro renal, disfunción neurológica y también pueden haber condiciones asociadas, edemas agudos de pulmón, encefalopatía hipertensiva, falla cardíaca aguda del ventrículo izquierdo, hemorragia intracraneana, disección de la aorta, hemorragia posoperatoria, ACV, toxemia del embarazo”.

Dentro de dicho contexto probatorio, aclaró, no es manifiestamente equivocado colegir, como lo hizo el Tribunal, que el señor Raúl Correa Velásquez no tenía angina de pecho a las 2:00 P.M., esto es cuando lo atendió el médico Garcés Cano, no sólo porque, de acuerdo con lo conceptuado en las respuestas de los peritos, bien podía inferirse que tal afección no podía perdurar hasta las 7:15 P.M., hora en que consultó en el Hospital Manuel Uribe Ángel, conforme aparece registrado en la respectiva historia clínica, sino, también, porque dichos auxiliares de la justicia, soportados en el cuadro clínico del paciente, conceptuaron en forma contundente que éste no correspondía a dicho síndrome.

Para la Corte tampoco resultó ilógica la deducción del tribunal, según la cual la situación sintomática del señor Correa Velásquez cuando concurrió a la clínica demandada no correspondía a una emergencia hipertensiva que el galeno tuviere que tratar como tal, puesto que aunque aquel tenía una presión arterial de 180/120, los demás síntomas y signos que presentaba no eran sospechosos de que estuviese comprometido un órgano blanco, concretamente, el corazón, ya que no eran sugestivos de que padeciese una angina de pecho o un Infarto Agudo de Miocardio, conforme lo dictaminaron los peritos y lo corroboró el médico Villa Toro.

Así mismo, consideró que otro tanto aconteció con lo concluido por el tribunal respecto a las ayudas diagnósticas que, a juicio del impugnante, omitió practicar el galeno y que hubiesen mostrado el I.A.M., habida cuenta que de los medios de convicción afloró que, de acuerdo con la sintomatología del paciente, no era necesaria su práctica, además de que ellos no hubiesen revelado indefectiblemente el evento coronario.

Por tales razones, dedujo la Corte que entonces, en su momento, el diagnóstico que infirió el médico tratante, según el cual el demandante padecía una “crisis hipertensiva”, no fue desacertado, ni mucho menos que en esa inferencia hubiere mediado culpa del galeno. En ese orden, agregó, que no hubo manera de afirmar que el fallo impugnado contrariara flagrantemente el contenido objetivo de los medios demostrativos, por cuanto de ellos emergió, en forma diáfana, que el cuadro sintomático que presentaba el señor Correa Velásquez, cuando concurrió a la clínica demandada, no correspondía a una angina de pecho ni a un Infarto Agudo de Miocardio y que podía identificarse como una crisis hipertensiva, para concluir que fue adecuado el tratamiento dado.

Para esas justificaciones del médico expuso la Corte que ellas encontraron respaldo en varias de las respuestas dadas por los peritos al interrogatorio que se les formuló sobre aspectos

relacionados con el tema, los cuales manifestaron que en la práctica habitual, en una consulta de urgencia, como aconteció en el caso examinado, la indicación de los estudios complementarios está determinada por un criterio racional que evite costos innecesarios sin sacrificar la calidad diagnóstica, de ahí que los exámenes mínimos, entre ellos el electrocardiograma, “se solicitan solo si hay una indicación bien definida”, de manera que los complementarios especializados están reservados para buscar causas secundarias de hipertensión arterial cuando el cuadro clínico lo exige -v.gr. angiografía, etc.-. Además, se pudo apreciar que tales expertos dictaminaron que el cuadro sintomático no correspondía a una angina de pecho ni a un Infarto Agudo de Miocardio.

También, sobre la obligatoriedad de las aludidos exámenes diagnósticos en el caso concreto, se les preguntó a los peritos “si en una hipertensión aguda de 180/120 es mandatorio (sic) y se encuentra en los protocolos de la medicina de urgencias, la realización de los exámenes y pruebas diagnósticas para detectar lesiones en el corazón, cerebro, riñones y en general, en los llamados órganos blancos”, a lo cual respondieron que el médico debía efectuar un interrogatorio y examen físico exhaustivo, “para determinar si hay alteraciones en el fondo de ojo, desplazamiento del punto de máximo impulso, soplos cardíacos, o las características de los pulsos periféricos”, y que de acuerdo con los resultados definía “la necesidad de ayudas diagnósticas de manera inmediata o ambulatoria”, pues “establece y categoriza la severidad del problema y de acuerdo a ello define la conducta que debe seguir”. Entonces, para la Corte, los auxiliares de la justicia dejaron en claro que el médico, según los resultados del interrogatorio y los hallazgos del examen corporal, definía la necesidad de realizar exámenes de diagnóstico. Adicionalmente, dictaminaron que no se puede hacer el diagnóstico de angina con el solo electrocardiograma.

Consecuentemente, derivó la Corte en que la conclusión a la que arribó el juzgador ad quem respecto a los aludidos exámenes corresponde a un escrutinio admisible de los medios de convicción, si se tiene en cuenta que los cardiólogos dictaminaron que era recomendable practicarlos cuando hay sospecha de una afección coronaria y, como lo advirtió, los síntomas y signos que presentaba el paciente para el momento en que fue atendido por el Dr. Garcés Cano no eran sugestivos de una angina de pecho ni de un Infarto Agudo de Miocardio.

Finalmente, la Corte decidió no casar la sentencia proferida por el Ad quem.

- Agentes y fuentes de consulta de la lex artis: dictámenes emitidos por médicos especializados y literatura médica especializada.
- Medios de prueba utilizados para demostrar el cumplimiento o incumplimiento de la lex artis médica: historia clínica y testigos técnicos.
- Carga probatoria del cumplimiento de la lex artis médica: la Corte no hace referencia a este aspecto en la sentencia.
- Función de la lex artis: se puede inferir de las consideraciones de la Corte, más precisamente en su referencia a la Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Exp.08667, en alusión al concepto de diagnóstico médico, respecto a que la lex artis comprende procedimientos que deben agotarse para que se pueda actuar de manera correcta y para que, así mismo, puedan ser consideradas las actuaciones médicas como acertadas; es decir, para saber cómo actuar correctamente o para evaluar la existencia o inexistencia de culpa en el acto médico.

**F. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 5 de noviembre de 2013. Sala de Casación**

**Civil. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Expediente No. 20001-3103-005-2005-00025-01.**

- Parte demandante: Stella Ovalle Gont.

- Parte demandada: Victor Hugo Carrillo.
- Hechos del caso: en virtud del contrato de prestación de servicios profesionales celebrado por las partes el 13 de junio de 2002, el demandado se obligó a practicar a la señora Estella Ovalle Gont dos intervenciones quirúrgicas de carácter estético, denominadas por él mismo como Levantamiento Facial y Abdominoplastia, prometiendo lograr, con el primer procedimiento, el rejuvenecimiento de los tejidos de su cara y, con la realización del segundo, retirar el tejido graso sobrante para contornearle el torso.

La intervención se realizó el 11 de septiembre de 2002 a continuación de la “Histerectomía Total Abdominal + Resección de Quiste de Ovario Izquierdo”, que el médico Jorge Cuenca Urbina le practicó a la señora Ovalle Gont en la “Clínica del Cesar Ltda.”.

La actora permaneció hospitalizada hasta el 13 de septiembre del indicado año.

Con posterioridad a la intervención, la actora presentó un gran hematoma cervico-facial en ambos lados de la cara (hematoma en el cuello y en la cara), el cual fue drenado durante varios días con pinchazos, mediante varias sesiones, hasta evacuarlo mediante succión con jeringa, debido a la ausencia de un sistema adecuado de drenaje y un vendaje compresivo, necesarios y recomendados en este tipo de cirugías.

Según la demandante, en razón de la intervención que se le realizó en su rostro, ha enfrentado los siguientes padecimientos: “(...) una parálisis facial periférica, por lesión de la rama frontal del VII par craneal (Nervio Facial), que le produce una ‘caída’ de la ceja izquierda, incapacidad de elevarla voluntariamente y una incapacidad de arrugar la hemi-frente de ese mismo lado”; “(...) parestesias”; “(...) una visible y palpable tumoración, con color neuropático, en la superficie del cuello, en la región superior del músculo Platino, ocasionada por una lesión del Nervio Auricular Mayor”; “(...) continúa con flacidez facial moderada en la cara y

las mismas características en su rostro que la llevaron a contratar los servicios profesionales del cirujano plástico”; “(...) cicatrices en el cuero cabelludo, detrás de las orejas; Síndrome de Ojo Seco, diagnosticado; y, también, “(...) inflamación y dolor permanente, durante más de un año, en la zona donde se le produjeron los hematomas después de la cirugía de la cara, ”.

El demandado se abstuvo de atender a la promotora del litigio durante el postoperatorio mediato, por la deuda existente de los honorarios, de modo que condicionó la atención al pago de un excedente.

- Problema Jurídico: ¿Es responsable la parte demandada de indemnizar a la parte demandante como consecuencia de presuntos daños materiales y morales que le son atribuidos por supuesta mala praxis médica consistente en deficiente atención quirúrgica, porque el médico no obtuvo el resultado al que se comprometió con las cirugías Levantamiento Facial y Abdominoplastia,?
- Decisión de primera instancia: el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Valledupar le puso fin al litigio con sentencia del 6 de septiembre de 2007, en la que negó el acogimiento de las pretensiones solicitadas en la demanda y condenó en costas a la actora, como quiera que no encontró acreditado el daño cuya reparación ella perseguía
- Decisión de segunda instancia: el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, dedicándose al estudio de la eventual culpa por parte del demandado, expuso que la “culpa médica” es “la actuación del profesional de la medicina que infringe o contraría la lex artis ad hoc, teniendo presente que la lex artis es la norma de conducta que exige el buen comportamiento profesional, o dicho en términos del código civil, el actuar diligente y cuidadoso del galeno”. Sobre el particular, observó que “los testigos Jorge Guzman Ortega Carrascal, Jairo Alfonso Roca Baute, Meira Rosa Carrillo y Anuario Segundo Castillo Arias, coincidieron en



afirmar que secuelas o perturbaciones como las padecidas por la demandante son muy frecuentes en la práctica de cirugías estéticas como la realizada en la paciente por el Dr. Víctor Hugo Carrillo García, y señalaron además que la sola presencia de estas no denota per se una mala praxis médica. Teniendo en cuenta lo anterior y sumado al hecho que en la copia de la historia clínica aportada en el proceso no aparecieron datos o inconsistencias que permitieran concluir que el médico actuó negligentemente o que estuvo incurso en una mala praxis médica, pues si bien se ha pretendido demostrar una mala praxis en el hecho que el cirujano se refirió en la historia clínica con diferentes denominaciones a la cirugía realizada, de acuerdo al testimonio del Dr. Roca Báute y a la literatura aportada por el demandado, los términos utilizados por el médico tratante se refirieron al mismo procedimiento quirúrgico que fue planeado y acordado (...)” entre ellos.

En definitiva, coligió que “ante la contundencia de la prueba de diligencia y cuidado aportada por el demandado, encontró que en dicho caso no existe prueba suficiente que le permitiera afirmar que el Dr. Víctor Hugo Carrillo García, en el desarrollo de la cirugía y en el postoperatorio, haya actuado negligentemente o infringiendo los lineamientos de la lex artis ad hoc, por lo que resultó necesario para el Tribunal concluir que el caso controvertido adolece del elemento fundamental de la responsabilidad denominado culpa

- Argumentos sustanciales de la demanda de casación: el censor advirtió que el Tribunal desatinó en su fallo, teniendo en cuenta que el demandado incurrió en culpa médica al practicarle a la actora el procedimiento de rejuvenecimiento facial, por cuanto infringió los lineamientos de la lex artis ad hoc al no advertirle a la paciente los riesgos en la cirugía estética que le practicaría, omitiendo con esto el consentimiento informado; y, también, por haberle lesionado la rama frontal del VII par craneal (nervio facial), y el nervio auricular mayor, siendo que la abandonó a

su suerte durante el postoperatorio para que fuera otro, el ginecólogo Dr. Cuenca Urbina, quien se encargara de su atención”. Con esto, agregó, que el demandado “incumplió su obligación de resultado”, habida cuenta que la actora continuó “con flacidez facial moderada y con las mismas características en su rostro”, de manera que el Tribunal dejó de considerar la existencia de la culpa presunta del demandado en la obligación de resultado indicada” y “no dio por establecido que no se demostraron las causas de exoneración de la responsabilidad que correspondían al accionado.

- Argumentos y decisión de la Corte: según la Sala, para el caso de la cirugía plástica con fines meramente estéticos, puede darse las circunstancias en las que el médico se obligue a practicar la correspondiente intervención sin prometer o garantizar el resultado querido por el paciente o para el que ella, en teoría, está prevista; o, también, que el profesional, por el contrario, sí garantice o asegure la consecución de ese objetivo. En el primer evento, la obligación del galeno, pese a concretarse, como se dijo, en la realización de una cirugía estética, será de medio y, por lo mismo, su cumplimiento dependerá de que él efectúe la correspondiente intervención con plena sujeción a las reglas de la lex artis ad hoc; en el segundo, la adecuada y cabal ejecución de la prestación del deudor sólo se producirá si se obtiene efectivamente el resultado por él prometido.

En tal orden de ideas, la Sala, descendiendo a estudiar el caso concreto y manifestando que así se acepte que el procedimiento realizado por el doctor Carrillo García en favor de señora Stella Ovalle Gont se denominó, en algunas oportunidades, como de “rejuvenecimiento facial”, expresó que ello, per se, no significa que aquél se hubiera obligado a conseguir, específicamente, ese resultado en la paciente, toda vez que no existe evidencia de que el compromiso del galeno hubiera tenido ese alcance. Por tanto, como consecuencia, consideró que debe entenderse que la

obligación por él asumida se orientó a efectuarle dichas intervenciones utilizando todo su conocimiento y las mejores técnicas existentes que para entonces estuvieran a su alcance, con la finalidad de darle al rostro de aquella una apariencia más juvenil, pero sin que ese resultado se hubiera asegurado o garantizado, pues, se repite, no existe prueba de que el acuerdo de las partes se haya orientado en ese sentido.

En ese orden, concibió el fracaso de dicha queja del accionante, ya que la obligación del médico demandado era de “medio” y que, entonces, por una parte, recaía en la actora comprobar la culpa del accionado y, por otra, que éste último podía conseguir su exoneración demostrando que actuó con diligencia y cuidado.

Respecto de la conducta del médico, aclaró que de los testimonios recibidos de médicos, se pudo advertir equivocaciones cometidas por el Tribunal, y que fueron denunciados por el recurrente, pues fue ostensible que los señalados declarantes no fueron “coincidentes en afirmar que secuelas o perturbaciones como las padecidas por la demandante son muy frecuentes en la práctica de las cirugías estéticas” a que ella se sometió y, menos aún, que “la sola presencia de éstas no denotan per se una mala praxis médica”. Para la Sala, colegir de allí, como lo hizo el Tribunal, que ese conjunto de testimonios constituyeron prueba contundente de la “diligencia y cuidado” del demandado y que, por lo mismo, no puede afirmarse que el doctor Carrillo García “en el desarrollo de la cirugía y en el postoperatorio (...) actuó negligentemente o infringiendo los lineamientos de la lex artis ad hoc”, constituye, sin duda, la comisión de error de hecho por suposición, como quiera que del contenido objetivo de los analizados testimonios, examinados individualmente y en conjunto, no devino que ese haya sido el genuino alcance de tales probanzas, más aún cuando el doctor Roca Báute, uno de los testigos, sólo fue informado por referencias del estado en el que habría quedado la señora Ovalle Gont luego de la intervención

quirúrgica, pero no pudo observar o analizar su real situación, y tanto la doctora Carrillo García – hermana del demandado-, como el médico Castilla Arias, participaron en la citada operación, como ayudante y anestesiólogo, lo que ameritaba un análisis particular de dichas vinculaciones para efectos de sopesar el valor de tales testimonios. Consecuentemente, halló acierto a esta parte de la censura.

En ese sentido, considerando que la prosperidad parcial este último cargo es suficiente para ocasionar el quiebre de la sentencia impugnada, la Corte, por una parte, se abstuvo de estudiar los restantes errores denunciados en las dos acusaciones auscultadas, por lo cual dispuso la casación del mencionado proveído.

- Agentes y fuentes de consulta de la lex artis: concepto médico emitido por la facultad de Medicina de una universidad; dictamen pericial y literatura médica especializada.
- Medios de prueba utilizados para demostrar el cumplimiento o incumplimiento de la lex artis médica: interrogatorios; testimonios técnicos de personal que participó en la intervención quirúrgica e historia clínica.
- Carga probatoria del cumplimiento de la lex artis médica: la Sala, recordando lo manifestado en su sentencia del 13 de septiembre de 2002, expediente No. 6199, precisó que al demandante, en acciones de responsabilidad médica, le corresponde demostrar el comportamiento culpable del médico en cumplimiento de su obligación, bien sea por incurrir en error de diagnóstico o de tratamiento, lo mismo que probar la adecuada relación causal entre dicha culpa y el daño por él padecido, si es que pretende tener éxito en la reclamación de la indemnización correspondiente, cualquiera que sea el criterio que se tenga sobre la naturaleza jurídica de ese contrato; salvo el caso excepcional de la presunción de culpa que, con estricto

apego al contenido del contrato, pueda darse, como sucede por ejemplo con la obligación profesional catalogable como de resultado.

No obstante, recordó al respecto que anterior fallo de 30 de enero de 2001, se destacó que “es precisamente en este sector del comportamiento en relación con las prestaciones debidas, donde no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el onus probandi permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión. Todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artis)”.

- Función de la lex artis: según el fallo, haciendo referencia a la lex artis ad hoc, estableció que esta funciona como parámetro al que debe estar sujeto la conducta del médico, el cual servirá para evaluar si existió cumplimiento de las obligaciones de medio que atañen al acto médico particular; es decir, se deriva de su apreciación, que se debe prescindir del empleo de la lex artis en los casos en que exista obligaciones de resultado.

#### **G. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 15 de septiembre de 2014. Sala de Casación**

**Civil. M.P. Margarita Cabello Blanco Expediente No. 11001-31-03-034-2006-00052-01.**

- Parte demandante: Isabel Montoya Naranjo, en nombre propio y en el de su hijo Juan Sebastian Vargas Montoya.
- Parte demandada: Eugenia Gutierrez Santos y la Sociedad E.P.S. Cruz Blanca.
- Hechos del caso: la actora Isabel Montoya Naranjo, en el mes de marzo de dos mil tres (2003), se encontraba afiliada a la Empresa Prestadora de Salud convocada al proceso. Para esa data, al verse afectada por un fuerte dolor en el maxilar superior izquierdo, decidió utilizar los servicios médicos de Sociedad E.P.S. Cruz Blanca y, luego de ser valorada por el galeno general, fue remitida a un especialista maxilofacial.

La profesional Eugenia Gutiérrez, demandada, quien asumió la atención de la demandante, como parte del procedimiento adoptado, dispuso la práctica de un TAC ART Temporomandibular, diagnosticando, el 25 de abril de 2003, que la accionante la aquejaba una Osteoartritis Degenerativa en ATM Izquierda y un Osteoma en zona de 14.

La conclusión a la que arribó la odontóloga citada resultó determinante para la programación de una cirugía Menisectomía Condilectomía; la intervención respectiva, en últimas, fue llevada a cabo el veintiséis (26) de mayo de 2003 por la misma facultativa. La referida operación, no revistió complicación y si bien hubo sangrado el mismo fue ‘escaso’, como así quedó señalado en la memoria clínica elaborada.

El seis (6) de junio de 2003, la actora acude al consultorio de la experta demandada con el propósito de realizarse un control y, además, para que le fueran retiradas las vendas que cubrían la parte del rostro afectada con la cirugía. Cumplido lo anterior, la señora Isabel Montoya, al verse en el espejo, constató que tenía la cara desfigurada, la nariz y la boca torcidas y el ojo izquierdo desproporcionado. En conclusión, la paciente había sufrido una parálisis facial izquierda por cirugía ATM.

A raíz de dichos acontecimientos, por disposición de la profesional mencionada, dio inicio a varias terapias y, además, consultó a algunos especialistas, entre ellos, al oftalmólogo Gerbrecht Olarte, quien, el 29 de julio de 2003, según el decir de la recurrente, no dudó en atribuir la parálisis que padecía a efectos secundarios de la intervención quirúrgica a que había sido sometida.

Luego de asistir a varias terapias (80 sesiones) y atender diferentes citas con oftalmólogos, se le dijo a la demandante que la parálisis facial era definitiva; adicionalmente, que debía someterse a una operación en el ojo izquierdo, pues corría el riesgo de perderlo.

En proximidad de ser emitida la decisión de primera instancia, entre la sociedad demandada E.P.S. Cruz Blanca y la señora Isabel Montoya Naranjo, tanto en nombre propio como en el de su hijo Juan Sebastián Vargas Montoya, fue celebrado un contrato de transacción parcial que condujo a la exclusión de la empresa de salud de toda reclamación surgida de la intervención quirúrgica referida.

- Problema Jurídico: ¿Es responsable la parte demandada de indemnizar a la parte demandante como consecuencia de presuntos daños materiales y morales que le son atribuidos por supuesta mala práctica dentista cirugía dentro de la realización del procedimiento Menisectomía Condilectomía, que le habría ocasionado parálisis facial definitiva a la paciente?
- Decisión de primera instancia: en primera instancia se profirió la sentencia el veinticinco (25) de noviembre de dos mil diez (2010), disponiendo declarar probadas las excepciones propuestas por la demandada que continuó vinculada y, subsecuentemente, negar las pretensiones formuladas.
- Decisión de segunda instancia: el Tribunal, al resolver el recurso de apelación confirmó en su totalidad lo decidido por el juez de conocimiento.

Haciendo referencia al contexto probatorio, la conclusión de que en la producción del hecho dañino medió la culpa de la odontóloga demandada, para el Tribunal no encontró respaldo, teniendo en mente que la culpa médica, según la Doctrina consiste en la ‘falta de diligencia o previsión que acarree la infracción de alguno de los deberes médicos. En definitiva, la culpa médica es la culpa que el profesional de la medicina comete infringiendo las reglas que regulan el funcionamiento de la misma, de la llamada lex artis o lex artis ad-hoc’, de manera que en la especie de este litigio no apareció que la cirugía practicada a Isabel Montoya Naranjo se hubiere realizado con una mala práctica médica, ni con falta de diligencia que llevara a infringir algún deber de los que la profesional de la salud tiene en su profesión o contrario a las reglas de la lex artis.

En definitiva, el ad-quem infirió que las pruebas allegadas al proceso, antes que demostrar la negligencia, impericia o, alguna culpa de la profesional maxilofacial, lo que informaban era que su proceder estuvo plegado a la normatividad reguladora de dicha actividad, es decir, que no hubo trasgresión de la lex artis ad-hoc y, por ello, debido a esa ausencia de pruebas, no resultaba procedente acoger las súplicas de la demanda.

- Argumentos sustanciales de la demanda de casación: insiste en que el historial clínico de la señora Isabel Montoya, de haberse atendido con el profesionalismo del caso, le hubiere permitido a la odontóloga concluir que la patología de base que afectaba a la actora, como era la vasculitis o, por lo menos la sospecha de ella, le impedía la realización de la intervención y, al proceder en conformidad, como correspondía, se hubiese evitado el resultado presentado.

Afirmó, adicionalmente, que la demandada Eugenia Gutiérrez Santos «por negligencia, descuido o exceso de confianza, no observó la patología de base Vasculitis y la práctica de la cirugía simplemente aceleró la presencia en la zona intervenida de dicha enfermedad».



Concluye, respecto de este argumento, que, de haberse revisado y atendido cuidadosamente, tanto la historia clínica de la demandante, como las recomendaciones de los médicos que, previamente a la cirugía, la habían atendido, la profesional maxilofacial habría concluido que no era recomendable someter a la actora a la intervención mencionada.c

- Argumentos y decisión de la Corte: respecto de las pruebas invocadas por la impugnante, demostrativas, según ella, de la negligencia de la maxilofacial, manifestó la Corte que no tuvieron la capacidad persuasiva que ella pretende. Como ejemplo, expuso la Sala, en uno de los controles realizados a la demandante, el otorrinolaringólogo Jaime Alberto Avendaño, luego de reseñar varios antecedentes familiares de ella, anotó en la historia clínica: “se cita a junta quirúrgica, es probable ss RNM de base de cráneo (sic)”, referencia respecto de la cual consideró, en manera alguna, puede atestarse la presencia de la vasculitis o inferirse la negligencia o culpa de la demandada.

En cuanto al trabajo de la profesional Olga Alicia Cuervo Cely, médica general, nada novedoso representa, en la medida en que las notas dejadas en la historia clínica aluden a los padecimientos de la actora previos a la cirugía, verbigracia, dolor, aspectos relacionados con el peso, los hábitos alimenticios, etc., empero no hay diagnóstico alusivo a la vasculitis o manifestación tendiente a restringir o limitar cualquier intervención quirúrgica; situación similar que, a su criterio, surgió con las anotaciones de las médicas Clara Inés Cárdenas y Adriana Carolina Correal, quienes, de manera uniforme, aluden a la recomendación de exámenes o estudio de la vasculitis. Por tanto, para la Sala, no hubo allí un diagnóstico alusivo a la presencia de dicha patología; sólo se trataba de una sospecha de la presencia de esa enfermedad y así quedó registrado; de ahí la orden de estudios para concluir, en definitiva, sobre su presencia.

Por otra parte, respecto al consentimiento informado a la paciente, concibe la Corte que que la manifestación del paciente en torno a conocer las circunstancias que rodean su situación de salud y, eventualmente, la autorización de una intervención quirúrgica, no son otra cosa que la exteriorización de ser consciente y haber sopesado los alcances de las consecuencias derivadas del tratamiento o intervención a que será sometido; contrariamente, de no estar enterado de todo ello, difícilmente podría, de manera consciente, decidir lo más aconsejable para sus intereses y deducirse probablemente de ello un daño susceptible de ser reparado.

Así mismo, dentro de las consideraciones, se expuso la aparición como prueba del documento que recoge la autorización otorgada, debidamente suscrita por la propia demandante en señal de aceptación, en donde claramente se observa que la operación programada consistía en una “Menisectomía –Articul+con. Mandibular”. También, se apreció que a la paciente se le ilustró sobre “las ventajas, complicaciones, molestias y riesgos que puedan producirse”, asunto que fue ratificado por la accionada al momento de contestar la demanda.

En consecuencia, a partir de la prueba documental referida se pudo aseverar que, respecto de la acreditación del consentimiento informado, surgió duda. Por tanto, la Corte no caso la sentencia proferida por el ad quem.

- Agentes y fuentes de consulta de la lex artis: concepto odontológico.
- Medios de prueba utilizados para demostrar el cumplimiento o incumplimiento de la lex artis médica: historia clínica y consentimiento informado escrito.
- Carga probatoria del cumplimiento de la lex artis médica: Recuerda la Corte que no debe olvidarse que en aplicación del artículo 2341 del C.C., atinente a la responsabilidad extracontractual o aquellas disposiciones anejas a la contractual, por igual, corresponde al demandante demostrar, en principio, no solo el hecho intencional o culposos y el daño padecido,

sino también el nexo causal entre ese proceder u omisión negligente del causante y el perjuicio sufrido por aquel, salvo, la concertación de las partes alrededor de un resultado concreto y específico. En ese orden, para la Sala, el régimen que gobierna la eventual responsabilidad está marcado por el de culpa probada, pero su disciplina probativa no debe responder a la rigidez de antaño, sino que, ya el médico, ora el paciente, debe asumir ese compromiso demostrativo, atendiendo la real posibilidad de hacerlo; aquél que se encuentre en mejores condiciones para acreditar los supuestos de hecho configurantes del tema a establecer, deberá asumir esa carga. Por tanto, debe advertirse que la Corte considera como fundamento de la carga probatoria el principio de la carga dinámica de la prueba.

- Función de la lex artis: Se puede apreciar en la sentencia la noción la lex artis como parámetro que reclama adecuación, con el fin que el médico obre con prudencia y diligencia que le son exigibles en su ejercicio profesional. De otra forma, si no se cumplen, se considera que surge la culpa médica; es decir, la culpa que el profesional de la medicina comete infringiendo las reglas que regulan el funcionamiento de la misma. Así, posteriormente, la sentencia la describe como un criterio para valorar si existe un incumplimiento o mala práctica médica.

#### **H. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 27 de agosto de 2015. Sala de Casación Civil.**

##### **M.P. Ariel Salazar Ramírez. Expediente No. 11001-31-03-033-2002-00025-01.**

- Parte demandante: María Cristina Rey Garrido y Guillermo Adolfo Álvarez Forero, en nombre propio y en representación de su menor hija Manuela Álvarez Rey.
- Parte demandada: Caja de Compensación Familiar ‘Compensar’, María Inés de los Ángeles Cristancho Varela y José Luis Tarazona Méndez.

- Hechos del caso: el 18 de mayo de 1999, a las 8:45 a.m., la señora María Cristina Rey Garrido acudió a la Fundación Santa Fe de Bogotá por presentar actividad uterina irregular.

Ese mismo día fue hospitalizada en la referida entidad para iniciar la inducción del trabajo de parto.

A las 9:00 A.M. se recomendó Prepidil gel intracervical, monitoreo fetal intermitente y control de trabajo de parto.

A las 2:10 P.M. se recomendó iniciar Oxitocina en bomba de infusión con 2 microunidades por minuto.

A las 9:00 P.M. se suspendió el goteo de Oxitocina y se ordenó preparar a la paciente para cesárea.

A las 9:45 P.M. se realizó la cesárea por inducción fallida y dilatación estacionaria y se obtuvo un recién nacido de sexo femenino, a término, con peso adecuado a la edad de gestación, quien presentó un examen físico normal

Según la parte demandante, el ginecobstetra José Luis Tarazona Méndez se ausentó por más de tres horas durante el trabajo de parto que tuvo una duración de doce horas; delegando el control de su paciente a una enfermera y no a un profesional de idéntica especialidad y experiencia. También manifestó que los monitoreos no se efectuaron constantemente y el tiempo de trabajo con el medicamento prescrito fue excesivo, lo que expuso a la niña que estaba por nacer a una hipoxia con lamentables consecuencias en su integridad física.

Los padres de la menor acudieron a los servicios de la pediatra María Inés Cristancho Varela, adscrita a Compensar, con el fin de iniciar los controles de la recién nacida.

El primer control pediátrico se realizó el 8 de junio de 1999, obteniéndose un resultado normal. Igualmente, el examen neurológico apareció normal.

El 21 de julio de 1999, la aludida pediatra volvió a valorar a la menor, notando una “leve limitación a la abducción, pero sin asimetría de pliegues”. El resultado, en términos generales fue normal, incluido el examen físico neurológico.

El 27 de agosto la doctora Cristancho Varela, en el examen físico practicado a la menor, encontró asimetría de pliegues, limitación en la abducción y displasia de cadera. Solicitó estudio RX de cadera e interconsulta con ortopedia. El examen físico neurológico fue normal.

El 20 de septiembre de 1999 la médica valoró a la menor y encontró “adenopatía por BCG. Osteoarticular: en tratamiento para displasia. Impresión diagnóstica (IDX): displasia de cadera en tratamiento; adenopatía izquierda secundaria a BCG”. El examen físico neurológico no apareció anotado.

El 19 de octubre la pediatra valoró a la niña y no apareció registrado el examen físico neurológico en la historia clínica.

Los días 26 de octubre y 12 de noviembre la doctora valoró a la niña y encontró todo normal,

El 21 de diciembre el resultado el examen físico fue normal. No aparecieron datos respecto del examen físico neurológico.

Los días 24 de enero, 28 de febrero, 2 de marzo y 13 de abril la pediatra realizó el examen físico neurológico cuyos resultados describieron una situación de normalidad.

Posteriormente, la médica tratante prescribió unas terapias respiratorias a la menor, por padecer una bronquitis.

La profesional que realizó las terapias respiratorias advirtió a los padres de la niña sobre su imposibilidad de sentarse sola y de sostener la cabeza.

Luego de ser informada por los padres acerca de la anterior dificultad, la pediatra remitió a la paciente a consulta con un neuropediatra.

El 10 de mayo de 2000 el neuropediatra realizó un examen a la menor, el cual arrojó el siguiente resultado: “Actividad motora y refleja: no se sostiene sentada, no rola, no se arrastra. Tendencia al pulgar cortical bilateral. Fuerza, tono y volumen muscular: hipertonía de las extremidades, mayor de los MMMII (...) impresión diagnóstica: 1. Retardo motor. 2. Síndrome piramidal en estudio. 3. Lesión cerebral de etiología en estudio”.

Una resonancia magnética practicada a la menor el 15 de mayo de 2000 reportó “cambios de leucoencefalotopía por noxa perinatal y ligero retardo en la mielinización.”

El 30 de mayo de 2000, con sustento en la resonancia magnética, el neuropediatra diagnosticó “retardo motor y síndrome piramidal secundaria a lesión cerebral posiblemente hipóxica, se descarta una leucodistrofia”. Recomendó manejo con fisioterapia.

Los padres de la menor consultaron con otro neuropediatra no adscrito a Compensar, quien luego de examinarla concluyó: “Fruto de un primer embarazo que evoluciona muy bien, pero en el parto se desencadena una distocia por parto estacionario y no dilatación (posible hipotonía e hiperlaxitud familiar). (...) Espasticidad de las cuatro extremidades, con hiperreflexia y bloqueo en giros. No sostiene cabeza y se desencadena moro y clonus. (...) Electro y mapeo de características disfuncionales. ID PC cuadripesía espástica por eppn”.

Por recomendaciones de este neuropediatra, se inició trabajo de terapia y neurodesarrollo con la niña.

Al momento de presentación de la demanda, la niña tenía dos años y siete meses de edad, se encontraba asistiendo rutinariamente a terapias, no caminaba, no gateaba, presentaba limitaciones neurológicas, físicas y motoras que se podrían prolongar por el resto de su vida.

- Problema Jurídico: ¿Es responsable la parte demandada de indemnizar a la parte demandante como consecuencia de presuntos daños materiales y morales que le son atribuidos por supuesta mala praxis consistente en deficiente control médico y error de diagnóstico en atención pediátrica al inicio de vida del menor?
- Decisión de primera instancia: en primera instancia se profirió la sentencia negando las pretensiones de la demanda, al considerar que tanto el médico que atendió el parto, como la pediatra que trató a la menor en los 14 meses siguientes a su nacimiento, actuaron dentro de los estándares previstos por la lex artis. Así, concluyó que todas las pruebas practicadas en el proceso corroboran tal afirmación
- Decisión de segunda instancia: Mediante fallo de 3 de mayo de 2012 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la decisión de primera instancia luego de realizar un análisis en conjunto de los medios de prueba practicados en la actuación.

Concluyó que ni los conceptos médicos ni el material probatorio restante ofrecen certeza sobre la causa de la parálisis cerebral sufrida por Manuela Álvarez Rey, por lo que no puede asegurarse que esa patología haya sido ocasionada por el actuar negligente del médico tratante. Así, el Tribunal sostuvo que los conceptos médicos y el dictamen pericial aportados coinciden en afirmar que la atención médica y los controles realizados durante el trabajo de parto se efectuaron dentro de los parámetros normales, y que no existe indicación alguna de que durante tal momento el feto se haya visto sometido a un sufrimiento que causara la lesión cerebral.

- Argumentos sustanciales de la demanda de casación: para los demandantes, todas las pruebas evidencian, contrario a las conclusiones expresadas en la sentencia acusada, que la pediatra demandada sí estaba en posibilidad de advertir un retraso en el neurodesarrollo de su paciente Manuela Álvarez, quien, para el tercero, cuarto y quinto mes de edad presentaba un

síntoma claro de no sostener la cabeza ni el cuello. En cambio, fue la fisioterapeuta Claudia Combariza quien al décimo mes de vida de la menor, advirtió la anomalía tantas veces resaltada, calificándola de evidente.

La parte accionante aseveró que la conducta profesional exigible a la pediatra no consistía en realizar un diagnóstico concreto de una parálisis cerebral, pues tal conclusión requería el concepto de un profesional especializado y la práctica de exámenes científicos como una resonancia magnética. Sin embargo, manifestaron, sí era su deber practicar una valoración adecuada de la paciente que incluyera una exploración física de rutina, pesarla, medirla, manipular sus extremidades, analizar sus ojos, oídos, nariz, garganta, preguntar a los padres sobre novedades y comparar el estado de la niña con patrones estadísticos. De ahí que hayan considerado que resulte inexplicable que la pediatra tratante no haya advertido durante casi un año los signos que evidenciaban el padecimiento de la menor, significando dicha omisión una pérdida de las oportunidades de mejorar su salud.

Por otro lado, respecto a lo que concierne al demandado José Luis Tarazona Méndez, sostuvieron que éste no observó la diligencia debida en la atención del parto de María Cristina Rey Garrido, tal como se infiere del dictamen del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que, para su punto de vista, concluyó que la atención del parto desconoció la *lex artis* y no fue oportuna ni adecuada.

A partir de los elementos de convicción analizados en su conjunto, el sentenciador de segunda instancia dedujo que no existían razones para inferir que el médico que atendió el parto se distanció de los parámetros establecidos por las reglas de su profesión, ni mucho menos que hubo relación de causalidad entre el momento del nacimiento y la lesión sufrida por la menor.



- Argumentos y decisión de la Corte: precisó la Corte que para el Tribunal de Ética estuvo claro que “las posibles causas del diagnóstico de la menor Manuela Álvarez Rey no tuvieron relación con la conducción y atención del trabajo de parto por parte del doctor Tarazona Méndez. En ningún momento se hospitalizó para una cesárea, tampoco estuvo en trabajo de parto durante doce horas y media, realmente fueron siete (7) y en ningún momento se presentaron signos y síntomas de un sufrimiento fetal agudo con la consiguiente repercusión a una asfixia, apgar bajo al nacimiento y necesidad de toda una serie de medidas de reanimación neonatal.

Según la Corte, se obtuvo una recién nacida en buenas condiciones al punto de pasar a la habitación con su madre y ser dada de alta por evolución satisfactoria; también, que el doctor Tarazona Méndez diligenció correctamente la historia clínica, cumpliendo con el seguimiento establecido y lo documentó en el partograma. Además, que la evolución del trabajo de parto siguió un curso normal hasta determinado punto, en el cual se procedió y se actuó acorde con las conductas obstétricas y que los monitoreos realizados por personal altamente calificado siempre fueron reactivos y no se requería más.

Así mismo, de todo lo anterior, se refirió a que el Tribunal de Ética concluyó que no había méritos para atribuir falta disciplinaria a la pediatra “por cuanto siempre se procedió con diligenciamiento correcto de una historia clínica, nunca se dejó de ofrecerle atención, los diagnósticos y tratamientos estuvieron acordes con lo que la menor presentaba en su momento. Además, que según la Lex artis (...), no siempre los signos y síntomas de una parálisis cerebral se hacen presentes tempranamente en la vida post-natal y con la menor Álvarez Rey así sucedió. Es más, siempre estuvo al cuidado de familiares muy cercanos, con experiencia en crianza y no consultaron sino por las sintomatologías tratadas, no por algo diferente o posible retraso.”

A partir de las consideraciones del mencionado cuerpo colegiado, lo único que se puede deducir es que la médica tratante no cometió un error de diagnóstico, por lo que el Tribunal Civil determinó que faltó la culpa como elemento estructurante de la responsabilidad civil. De manera que en modo alguno puede extraerse de la referida prueba la conclusión que pretende el impugnante.

Por otra parte, consideró que esta conclusión no fue desvirtuada por el recurrente, quien simplemente se limitó a expresar su disenso porque la naturaleza del tribunal conformado por médicos es ética y no jurídica, opinión que, naturalmente, no tuvo para la Corte la aptitud de demostrar el error de hecho cometido por el juzgador.

La Sala tuvo en cuenta que el ginecobstetra Fabio Ernesto Quijano señaló los criterios dados por la American College of Obstetricians and Gynecologists, para poder establecer si la parálisis cerebral tiene relación con un evento intraparto. Estos criterios son: “Acidosis metabólica en gases de cordón, definida como ph menor de 7.0; persistencia de Apgar de 0-3 por más de 5 min; secuela neurológica inmediata; disfunción de 2 o más órganos (riñón, corazón, pulmón, cerebro, etc.)”.

Igualmente, que dicho profesional explicó que varias autoridades mundiales en materia de obstetricia definieron por consenso que para que la parálisis cerebral pudiera ser atribuida al momento del parto debían reunirse necesariamente cuatro criterios, a saber: “evidencia de acidosis metabólica fetal determinada por los gases de la sangre obtenidos del cordón al momento del nacimiento; aparición de encefalopatía moderada o severa en infantes nacidos con edad gestacional superior a 34 semanas; parálisis cerebral de tipo cuadripléjico o disquinético; y exclusión de otras etiologías como trauma, trastornos de coagulación, infección antenatal, o alteraciones congénitas del metabolismo.”

Igualmente, que el experto aclaró que todos esos elementos deben existir para poder atribuir la causa de la parálisis cerebral al trabajo de parto; por tanto, en ese orden, como en el caso de Manuela Álvarez Rey no se dieron esos signos, el perito en el área materno fetal concluyó que se trató de una situación que “pertenece al 95% de los pacientes con causas por definir de la entidad llamada parálisis cerebral, la cual continúa siendo un reto para la medicina mundial”.

Entonces, respecto a dicho concepto médico, manifestó que lejos de refutar la conclusión del Tribunal, la corrobora, tal como lo hicieron los demás elementos de convicción que tuvo en cuenta para tomar su decisión.

Consecuentemente, la Corte Suprema apreció que la experiencia muestra que una niña de condiciones neurológicas y psicomotoras normales dentro de los primeros 10 meses de vida puede presentar con posterioridad un desmejoramiento de esas facultades, tal como en el caso concreto lo demostraron otros medios de prueba, por lo que entonces no hubo razones para inferir que la pediatra estaba obligada a diagnosticar desde una edad temprana el padecimiento sufrido por la menor y que no se manifestó durante sus primeros meses de vida.

Esa fue la conclusión a la que llegó la Corte, la cual no logró ser refutada por la prueba pericial a la que aludió el recurrente como uno de los sustentos de su reproche y dio lugar a que no se casara la sentencia de segunda instancia.

- Agentes y fuentes de consulta de la lex artis: conceptos médicos; dictamen pericial y literatura médica en materia ginecobstétrica.
- Medios de prueba utilizados para demostrar el cumplimiento o incumplimiento de la lex artis médica: sentencia emitida por tribunal de ética médica; testimonios técnicos de personal que participó en la intervención quirúrgica e historia clínica.

- Carga probatoria del cumplimiento de la lex artis médica: la Sala no hizo referencia al tema de la carga probatoria respecto al cumplimiento de la lex artis médica.
- Función de la lex artis: se advierte en la sentencia que la lex artis funciona como estándares que dictan como debe efectuarse el acto médico y a los cuales debe tratar de aproximarse el profesional de la medicina; por otro lado, que funciona como parámetro que permite determinar si el acto médico es adecuado.

**I. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 20 de junio de 2016. Sala de Casación Civil.**

**M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez. Expediente No. 11001-31-03-039-2003-00546-01.**

- Parte demandante: Henry García Donado, quien actúa en nombre propio y en representación de Andrik Sebastián García Rojas; Diego Julián y Janeth Lucía Rojas Guarín; Victorino Rojas y Martha Lucía Guarín de Rojas, a título personal y como padres de Andrés Felipe Rojas Guarín.
- Parte demandada: Entidad Promotora de Salud Famisanar Limitada Cafam y Colsubsidio, y el Hospital Universitario San Ignacio, al que fue llamada en garantía Liberty Seguros S.A.
- Hechos del caso: María Victoria laboró en Eficacia S.A. y fue cotizante de la E.P.S. Famisanar desde el 20 de octubre de 1999.

La trabajadora ingresó al Hospital Universitario San Ignacio el 5 de diciembre de ese año, diagnosticándole "tumores corticales o subcorticales de fosa anterior y fosa media", que ameritaban una intervención quirúrgica.

La entidad promotora de salud solo autorizó cubrir el seis por ciento (6%) de los costos, "por no tener el mínimo de semanas cotizadas prescrito en el Artículo 61 del Decreto 806 de

1998", resultando imposible a sus parientes asumir el noventa y cuatro por ciento (94%) restante, por lo que fue dada de alta en grave estado de salud el 31 de diciembre.

En fallo de tutela de 5 de enero de 2000, el Juzgado Ochenta y Cinco Penal Municipal de Bogotá le ordenó a Famisanar autorizar y asumir todos los gastos de la "resección de tumores corticales y subcorticales de fosa anterior y fosa media", que se llevó a cabo a los dos (2) días, pero, aparentemente, esa dilación ocasionó el deceso de la paciente.

- Problema Jurídico: ¿Es responsable la parte demandada de indemnizar a la parte demandante como consecuencia de presuntos daños materiales y morales que le son atribuidos por la no atención inmediata respecto a la resección de los tumores corticales por los que falleció la paciente?
- Decisión de primera instancia: el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá declaró no probadas las excepciones, absolvió a la aseguradora y condenó solidariamente a Famisanar Limitada E.P.S. y el Hospital Universitario San Ignacio a pagar.
- Decisión de segunda instancia: para el Tribunal Superior de Bogotá las reclamaciones de los gestores son de stirpe extracontractual por tratarse de terceros afectados que no tienen algún "vínculo obligacional preexistente" con sus oponentes, independientemente del que sí existía con la difunta María Victoria Rojas Guarín. Sin embargo, de todas maneras, como el Hospital Universitario San Ignacio la atendió precisamente por estar afiliada a la E.P.S., recayendo en ésta un deber de vigilancia de la labor de la I.P.S., consideró que ambos deben "responder solidariamente por los hechos de que se les acusa".

En ese orden, consideró el Tribunal para este caso que “la muerte temprana de María Victoria Rojas Guarín (q.e.p.d.), estuvo mediada por un actuar negligente de la institución hospitalaria”,

lo que, a su criterio, se reveló con la “inoportuna autorización de los procedimientos requeridos”, como da cuenta la historia clínica, donde aparece que el tratamiento quirúrgico era prioritario y la salida del centro de atención obedeció a “problemas administrativos que se concretaron en la falta de autorización del procedimiento” por la E.P.S. Famisanar.

Según consideró el Ad quem, la excusa de la E.P.S. sobre que era aplicable la Resolución 5261 de 1994 por falta de semanas cotizadas, debe tenerse como un acto de confesión de su inactividad en procura del mejor estar de la paciente, sin que eso fuera admisible para exculparse, porque esas normas se han desatendido en casos similares, por la prevalencia de los cánones constitucionales de protección a la salud en conexidad con la vida.

En ese sentido, el ad quem encontró ajustadas las precisiones del juzgador de primera instancia, en el entendido que el deceso de la paciente fue prematuro, como producto de una deficiente prestación del servicio de salud y la negligencia en la realización de la intervención quirúrgica requerida de manera que estimó responsables a la E.P.S. y al Hospital.

- Argumentos sustanciales de la demanda de casación: según el recurrente, el fallador no diferenció la atención de urgencias, que está ampliamente regulada y fue satisfactoria, de un tratamiento prioritario con protocolo y régimen de responsabilidad disímiles, cuando el incumplimiento de las entidades debía analizarse desde la perspectiva que correspondía a cada uno.

Sobre esto precisó que para cuando ocurrieron los hechos el concepto de "atención inicial de urgencias" se refería a la estabilización de los signos vitales del paciente, un diagnóstico de impresión y determinar el lugar donde se prestaría el servicio "tomando como base el nivel de atención y el grado de complejidad de la entidad que realiza la atención inicial de urgencia", lo que cumplió con creces el Hospital Universitario San Ignacio, sin que haya lugar a "responder

por las funciones asignadas a la E.P.S. Famisanar, entre ellas, organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados" (resaltado del texto) y la "expedición de autorizaciones de tratamientos en forma oportuna".

Para el 30 de diciembre de 1999, la situación de María Victoria ya no se catalogaba como de "atención inicial de urgencias", porque para ese momento ya se había "estabilizado", sino que correspondía a una "enfermedad considerada como catastrófica" pendiente de la autorización de la E.P.S., estando autorizado que se diera de alta al tenor del artículo 33 de la Resolución 5261 de 1994.

- Argumentos y decisión de la Corte: en la sentencia de la Corte se consideró que la responsabilidad endilgada al centro asistencial no se concretó al hecho de "haber dado de alta a la paciente el 30 de diciembre de 1999 a pesar de estar asintomática", sino que su trascendencia era mucho mayor, puesto que independientemente de la mejoría en el estado de Rojas Guarín para esa fecha, era indiscutible que el "tumor maligno" estaba presente desde que llegó a urgencias en un comienzo y subsistía para ese momento, urgiendo su extracción, ya fuera para salvarle la vida o mejorar sus condiciones.

Por lo tanto, según la Sala, no estaba en tela de juicio que en el hospital le brindaron la ayuda básica requerida por Rojas Guarín, mientras se agotaban los pasos previos a la cirugía. Lo que se cuestionó al centro asistencial fue su pasividad frente a la posición de la E.P.S. y considerar que era suficiente con dejarla en "buenas condiciones" al 30 de diciembre de 1999, siendo conocedores de que lo único satisfactorio para la paciente era extraerle la masa que le ocasionaba un riesgo de muerte.

En sentido, estimó, que de ahí se deriva que el hecho que se le diera de alta en esa fecha no constituye un hecho aislado y exclusivamente determinante del deceso, sino una actuación

adicional desacertada puesto que antes que serle beneficiosa, fue el producto de un desacuerdo entre la I.P.S. y la E.P.S. por trabas administrativas, a pesar de que ambas entidades eran conocedoras de la gravedad de la situación.

Bajo esa perspectiva consideró que los embates que realizó la parte opugnadora resultaron incompletos para la Sala, ya que se restringieron a un solo acto, esto es autorizar la salida, cuando fue más compleja la delimitación del desacierto, esto es: en el centro asistencial se detectó la presencia del “tumor maligno”; era indiscutible la necesidad de extirparlo en el menor tiempo posible; tal procedimiento podía adelantarse allí mismo, lo que no se pudo por falta de autorización de la E.P.S.; lo delicado del estado de la enferma requería de una diligencia extrema y permanente, ya fuera hasta que se le practicara la cirugía o cuando fuera trasladada a otro sitio especializado; y lo infortunado del egreso el 30 de diciembre de 1999 se hizo patente con el regreso en malas condiciones el 6 de enero de 2000 y el fallecimiento por muerte cerebral a los pocos días.

Por eso, se entendió, independientemente que se cumpliera con el deber de dosificar drogas y brindar cuidados mientras estuvo en las instalaciones hospitalarias, que su carga iba más allá, esto es, propender por que se agotaran todos los pasos para que se le impartiera el tratamiento completo que requería.

Entonces, en ese orden de ideas, las probanzas apreciadas reiteraron la necesidad del tratamiento y la inminencia de los efectos adversos por la dilación en darle cumplimiento, independientemente de que sus causas fueran desde antes de la consulta, lo que, para la Corte, dista de la lectura del contradictor, en el sentido que la muerte no se produjo como consecuencia de haber realizado tardíamente la cirugía, como lo afirmaban los demandantes, sino, el avance inesperado de la enfermedad.



Consecuentemente la Sala decidió no casar la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Bogotá.

- Agentes y fuentes de consulta de la lex artis: concepto emitido por funcionario de asociación médica –Presidente de la Asociación Colombiana de Neurología- y dictamen emitido por hospital.
- Medios de prueba utilizados para demostrar el cumplimiento o incumplimiento de la lex artis médica: historia clínica.
- Carga probatoria del cumplimiento de la lex artis médica: para la Corte, en esta oportunidad, los asuntos de esta clase, si bien como lo manda el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, jurisprudencialmente se ha admitido que el deber de demostrar la existencia de responsabilidad médica o la ausencia de la misma recae en quien esté en mejores condiciones de aportar los elementos de convicción.

Es más, el juzgador puede acudir a las reglas de la experiencia, extraer conclusiones determinantes del comportamiento de las partes y aplicar, excepcionalmente, criterios que resten rigorismo demostrativo cuando las circunstancias así lo permiten.

- Función de la lex artis: la Corte entiende la lex artis como un criterio de corrección del acto médico, de manera que cuando son afectadas las reglas que comprenden la lex artis, se compromete la responsabilidad de quien las vulnera.

**J. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Sala de Casación**

**Civil. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo. Expediente No. 11001-31-03-011-2002-01182-01.**

- Parte demandante: Gladys Eugenia Villamizar Garzón, Andrés Felipe Yepes Villamizar, José Hilario Yepes Quintero, Clara Inés Núñez De Yepes y Leonardo Dumas Yepes Núñez.
- Parte demandada: Colmédica Medicina Prepagada S.A. y Clínica De Marly S.A., dentro del dual, ésta última, llamó en garantía a José Bernardo Silva Flórez.
- Hechos del caso: el señor José Luis de Jesús Yepes Núñez falleció el 31 de julio de 1999, cuando tenía 27 años y 11 meses de edad; era hijo de José Hilario Yepes Quintero y Clara Inés Núñez de Yepes; hermano de Leonardo Dumas Yepes Núñez; esposo de Gladys Eugenia Villamizar Garzón; y padre de Andrés Felipe Yepes Villamizar.

La demandante Gladys Eugenia Villamizar Garzón celebró con Colmédica Medicina Prepagada S.A., antes Salud Colmena Medicina Prepagada S.A., el contrato de “medicina prepagada” No. 00001096551, siendo uno de los beneficiarios su marido, José Luis de Jesús Yepes Núñez, desde el 1 de marzo de 1998.

El 30 de julio de 1999, siendo las 11:45 A.M., el señor Yepes Núñez, con apoyo en dicho contrato, ingresó al servicio de urgencias de la Clínica de Marly, aquejado de un fuerte dolor abdominal en la fosa iliaca derecha, náuseas, vómito, fiebre y deposiciones diarreicas, síntomas con base en los cuales se le diagnosticó el padecimiento de “apendicitis aguda” y se ordenó intervenirlos quirúrgicamente, cirugía que fue practicada allí mismo, a las 12:45 p.m., por parte del doctor Carlos Ibla Niño y con la participación, como anestesiólogo, del doctor José Bernardo Silva Flórez.

No obstante, la presanidad del paciente y la carencia de “antecedentes anestésicos”, él falleció durante el referido procedimiento, como quedó registrado en la historia clínica No. 140401, de la que se extracta que “el ‘accidente anestésico’ que le produjo (...) la muerte (...) tuvo como

causa: a.- La broncoaspiración (...). b.- El lavado bronquial. c.- La extubación realizada al final del procedimiento quirúrgico”.

- Problema Jurídico: ¿Es responsable la parte demandada de indemnizar a la parte demandante como consecuencia de presuntos daños materiales y morales que le son atribuidos por lavado bronquial o extubación realizada al final de procedimiento quirúrgico dentro de intervención quirúrgica por apendicitis?
- Decisión de primera instancia: agotado el trámite respectivo, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá dictó sentencia el 30 de julio de 2010, proveído en el que negó la totalidad de las súplicas del libelo introductorio, se abstuvo de pronunciarse sobre las excepciones propuestas por las accionadas y el llamado en garantía y condenó en las costas a los gestores del litigio
- Decisión de segunda instancia: el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en su fallo del 31 de marzo de 2011 confirmó la decisión del Juzgado, manifestando que la falta de evaluación de la vía aérea del paciente, no es una omisión de la que pueda colegirse que por la dificultad que ella ofrecía, era aconsejable la “intubación despierto”, en tanto que en el proceso no se comprobó que el señor Yepes Núñez en verdad presentara “esa característica” y, por el contrario, existían elementos que permitían pensar que “tenía una vía área sin dificultad para la intubación orotraqueal”. Prueba de lo anterior, precisó, y según lo admitió el experto, es que él pudo ser intubado, sin que ninguna circunstancia hubiese afectado tal procedimiento, de modo que se realizó sin problema.

Con respecto a la inadecuada verificación del “examen preanestésico” mencionó que quedó desvirtuada, si se tiene en cuenta la urgencia en la que se encontraba el paciente, situación especial que autorizaba que “la diligencia profesional” fuera “menor”. Por tanto, estimó que

“dadas las condiciones especiales del señor Yepes, con un diagnóstico de apendicitis aguda perforada, con grave riesgo de desencadenar en peritonitis, justificaban que el examen de la vía aérea no se hubiese realizado, o al menos que no se hubiese consignado nada al respecto”

Por otra parte, ningún reproche le mereció respecto del anestesiólogo que asistió al nombrado enfermo, por seleccionar, de entre varios sistemas, el que en definitiva utilizó, toda vez que en esa escogencia acató “las reglas de la lex artis, pues para el efecto tuvo en cuenta ‘...las condiciones clínicas del paciente, escenario perioperatorio ...’ y sus habilidades, más aún cuando ‘no existe ningún método, por agresivo que sea, que garantice el 100% de seguridad de no regurgitación y broncoaspiración, ni siquiera el método de intubación despierto...’

En cuanto hace al “lavado con suero fisiológico”, no consideró demostrado que se hubiere realizado, “al paso que la única evidencia que hay de él, es la epicrisis de la historia clínica, sin que su ocurrencia tenga respaldo en los otros medios de convicción”, ni siquiera en la declaración del doctor Carlos Ibla Niño, que fue quien elaboró el citado documento, toda vez que, al testimoniar, informó que no le constaba esa actuación, pues se encontraba en el “lavado de manos”. De todas maneras, estimó que si esa labor se practicó, estimó que ella que no agravó sustancialmente el estado de salud del paciente, pues éste, luego de su realización, se mantuvo estable al punto que pudo ser operado. Entonces, precisó que, si esa actividad hubiese empeorado sus condiciones, “la muerte (...) habría sido casi inmediata o pocas horas después de su entrada a la Unidad de Cuidados Intensivos” y no luego de 12 horas de la regurgitación.

Sobre la “extubación que presuntamente se hizo cuando los signos vitales no lo permitían”, tampoco la vió como de efectiva ocurrencia, “como quiera que el galeno a quien se le encomendó el dictamen en ningún momento aseveró que el paciente fue extubado a ese nivel de saturación, y que, por el contrario, al interrogársele: ‘¿Se extubó al paciente por primera vez

cuando...mostraba una saturación de O2 de 80% y CO2 E 42?', contestó: 'No es claro que el paciente se haya extubado con esa saturación puesto que la sigla que aparece primero (triángulo con base superior) que es la de la segunda intubación se hace con saturación de O2 de 80% y CO2.

- Argumentos y decisión de la Corte: para la Corte, todo condujo a concluir que, ciertamente, el señor Yepes Núñez no presentaba una "vía aérea difícil" y que, por lo mismo, de un lado, no había lugar a optar por la "intubación con paciente despierto" y, de otro, fue acertado el método de "intubación de secuencia rápida" que utilizó el doctor Silva Flórez, en consideración a la probabilidad de que el paciente tuviera el "estómago lleno", no obstante el tiempo de ayuno reportado por él.

Al respecto, de la apreciación conjunta del dictamen pericial, su complementación y aclaración, se sacó en claro que en el caso del señor Yepes Núñez, el anestesiólogo tenía a su alcance tres posibilidades: "anestesia regional central", "anestesia general con inducción de secuencia rápida" y "anestesia general con intubación despierto".

Por tal razón, precisó, que el anestesiólogo coligió que, de esas alternativas, sólo las dos últimas servían para defenderlo de una posible regurgitación o vómito, por cuanto la segunda, "se practica en pacientes en quienes se considera que pueden intubarse rápido las vías respiratorias y controlarse con laringoscopia directa, pero que tienen riesgo de aspiración pulmonar de contenido gástrico. (...) El objetivo de la inducción con secuencia rápida es garantizar y controlar pronto la vía aérea"; y la tercera, es la elegible "en casos que el paciente tiene antecedentes de vía aérea difícil, trauma maxilofacial, vómito activo y distensión abdominal (signos de obstrucción intestinal)".

En consonancia con lo anterior, dijo la Sala, el perito, por una parte, conceptuó que la técnica “con inducción de secuencia rápida” utilizada en este caso, “según las condiciones del paciente, era la más adecuada”, pues “no había signos de obstrucción intestinal o peritonitis generalizada para pensar en intubación despierto”; y, por otra, reiteró, en repetidas ocasiones, que este último sistema “se usa como primera elección en pacientes con estómago lleno y signos de íleo obstructivo o distensión abdominal, o en pacientes con posible vía aérea difícil” (se subraya), condiciones estas últimas que no se dieron, por lo que dicha técnica no resultaba aplicable.

Al llegar a ese punto, consideró importante advertir que dicha cuestión, como en todos los casos de responsabilidad médica, es determinar si las actuaciones realizadas en desarrollo de la atención que se brindó a la víctima, guardan o no conformidad con la lex artis, sin que, por lo tanto, haya lugar a especular sobre si, con la utilización de unos procedimientos distintos, se hubiera evitado la afectación sufrida por el paciente o conseguido otro resultado.

Por tanto, observó, en el caso tratado, no había duda, porque así lo reconoció expresamente el perito, que la técnica de intubación con paciente despierto era más segura a efecto de evitar una eventual broncoaspiración. Pero, precisó la Corte, de esa específica circunstancia, no puede deducirse que dicho método era el que debió utilizarse, pues como el mismo experto lo explicó, él constituye la “primera elección” solamente en casos en los que el paciente evidencie una “vía aérea difícil”, obstrucción intestinal o distensión abdominal, anomalías que el señor Yepes Núñez no presentó.

Teniendo en cuenta lo anterior, precisó que de la experticia misma, vista integralmente, se desprende que múltiples son los factores que deben tenerse en cuenta para definir la forma de administración de la anestesia general, decisión que, por ende, no depende solamente del riesgo

que ocurra una broncoaspiración, pues si así fuera, no habrían diversos métodos sino que, en todos los casos, se optaría por la intubación con paciente despierto, en tanto que éste es el que reduce mayormente las posibilidades de que acaezca ese accidente anestésico, conclusión que es inaceptable desde todo punto de vista, por reñir abiertamente con la lex artis.

Corolario de todo lo hasta aquí expuesto, dijo la Sala, es que el Tribunal acertó cuando determinó, en últimas, que los médicos que atendieron al señor José Luis de Jesús Yepes Núñez, “a propósito de la apendicitis que padecía, así como de las demás dolencias que lo aquejaron tras la aplicación de la anestesia, y más concretamente, el doctor Silva Flórez, le suministraron los procedimientos adecuados de cara a la lex artis, para procurar su curación”; y que no fue admisible la “mala fe” alegada por los recurrentes, en frente de la Clínica de Marly S.A., derivada “de hechos como que la copia de la historia clínica que le entregó fue incompleta, o que negó la existencia del contrato pese a que se encontraba demostrado que prestó sus servicios al finado con estribo en él, pues al margen de la veracidad de estas situaciones, de ellas no es posible derivar un indicio procesal enfocado a inculpar a dicha sociedad”.

Finalmente, expresó, esa conclusión, por sí sola, desvirtúa la prosperidad de la acción, en tanto que entraña la insatisfacción del elemento culpa, que es estructural de todo tipo de responsabilidad, ya sea contractual o extracontractual, de manera que no casó la sentencia emitida por el Tribunal.

- Agentes y fuentes de consulta de la lex artis: dictamen pericial.
- Medios de prueba utilizados para demostrar el cumplimiento o incumplimiento de la lex artis médica: historia clínica y testimonios técnicos.
- Carga probatoria del cumplimiento de la lex artis médica: la sentencia no hace referencia a quien corresponde la carga de la prueba.

- Función de la lex artis: la función reconocida a dicho concepto dentro de la sentencia es la de servir de referente para revisar la adecuación de actuaciones realizadas en desarrollo de la atención que se brinda al paciente, de manera que estas deben guardar conformidad con las reglas técnicas de la medicina, estableciéndose cuando han reñido con estas y, consecuentemente, determinando la existencia de culpa.

**K. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 12 de enero de 2018. Sala de Casación Civil.**

**M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Expediente No. 11001-31-03-032-2012-00445-01.**

- Parte demandante: Blanca Margarita Rojas Carreño.
- Parte demandada: Hospital Universitario Clínica San Rafael y la Caja de Compensación Familiar Compensar E.P.S., con llamamiento en garantía de Liberty Seguros S.A., Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., Seguros del Estado S.A. y Carlos Villegas Duque.
- Hechos del caso: La pretensora, en calidad de beneficiaria del Plan Obligatorio de Salud, aquejada de dolencias físicas, con pérdida del conocimiento, acudió a la sección de urgencias de las entidades demandadas.

Inicialmente, el 21 de mayo de 2003, al Hospital San Rafael, donde se registró “cuadro clínico de cefalea dolor hemisférico (sic.) derecho con disestesias en MSD (miembro superior derecho) evento súbito, asociado a sensación vertiginosa”, con un diagnóstico de “crisis de ansiedad y migraña clásica”, y tratamiento con medicamentos.

Persistiendo el dolor, el 22 de mayo de 2003, asistió a Compensar E.P.S., diagnosticándose “migraña clásica”, paliada con receta de analgésico, ansiolítico y vitamina.



El 26 de mayo de 2003, ingresó al Hospital San José, “por cuadro de 8 días de evolución”, dado por estado de inconsciencia, precedido de “tinnitus” y acompañado de disminución de la “fuerza y sensibilidad del hemicuerpo derecho, alteración del campo visual”. En el diagnóstico, padecía de síndrome motor sensitivo, esclerosis múltiple y accidente cerebrovascular; y en los exámenes, hallazgos de infarto sub-agudo de la porción interior de la arteria cerebral posterior izquierda.

La señora Blanca Margarita Rojas Carreño quedó con secuela trombosis con déficit para la movilidad del miembro superior derecho, persistencia del defecto del campo visual izquierdo y discapacidad de tipo neurológico.

- Problema Jurídico: ¿Es responsable la parte demandada de indemnizar a la parte demandante como consecuencia de presuntos daños materiales y morales que le son atribuidos por diagnóstico médico errado que le causó secuelas en su rostro?
- Decisión de primera instancia: el Juzgado Treinta y Dos Civil del Circuito Piloto de Oralidad de Bogotá, el 16 de julio de 2013, desestimó las súplicas, por considerar que al incumplir la parte actora con la carga de demostrar la culpa médica, debía seguirse que la prestación del servicio de salud “fue la idónea”.

Con mayor razón, indicó, cuando en el escrito genitor no se indicó puntualmente en qué consistió la negligencia galénica, cuáles fueron los errores de los médicos, ni cómo ha debido manejarse y atenderse el padecimiento. Al contrario, a su criterio, las pruebas acopiadas acreditaban la “oportuna y eficiente atención”, en punto de la específica cefalea presentada, todo con sujeción a los protocolos al efecto exigidos en la “literatura científica”.

- Decisión de segunda instancia: precisó el Tribunal, que en la apelación se atribuyó la causa de las secuelas en la salud de la demandante Blanca Margarita Rojas Carreño, al tiempo

transcurrido entre la atención en el Hospital San Rafael, con un diagnóstico errado, y la posterior identificación de su dolencia “a una cefalea secundaria que debía tratarse mediante especialistas (neurología)”. No obstante, dijo, en el proceso “(...) brillaba por su ausencia un dictamen pericial realizado por experto idóneo en la materia, que le permitiera al juez (...) determinar la causa adecuada del daño sufrido por la demandante (...)”.

Por tanto, según sus consideraciones, la historia clínica sólo daba cuenta cómo el 21 de mayo de 2003, a la paciente se le diagnosticó “crisis de ansiedad y migraña”, después de una valoración física, sin ningún “déficit neurológico”; y en el examen de 22 de mayo de 2003, se reveló un “estado neurológico normal”. Esos síntomas, por sí, no implicaban la “necesidad de practicar un examen especializado (...)”, menos, asociar su no realización al “deterioro de la salud de la actora”.

En ese orden de ideas, para el ad-quem, la demandante “no acreditó la culpa médica ni la relación de causalidad, necesarias para que prosperara una declaración de responsabilidad de las demandadas”.

- Argumentos sustanciales de la demanda de casación: en primer lugar, señaló el recurrente que la historia clínica emanada del Hospital San Rafael fue mal apreciada, al cercenar ciertos síntomas exteriorizados por la paciente, esto es, el mareo (desmayo), el intenso dolor de cabeza focalizado y el adormecimiento de uno de los brazos, equivalentes en la guía de manejo del malestar en urgencias, a señales de alarma de un padecimiento distinto a la “cefalea simple, migraña”.

Igualmente, la historia clínica proveniente de la EPS Compensar también la advirtió como mal estudiada, entre otras cosas, transcrita también al contestarse la demanda, al inferir de ella como normal el examen neurológico, siendo que esto no era cierto, pues la dolencia ídem

“secundaria” debía advertirse con la allí señalada pérdida de sensibilidad progresiva de los brazos, manifestación suficiente para ordenar pruebas complementarias, máxime cuando, pese a los medicamentos, el dolor era persistente.

Del mismo modo se refirió respecto a la guía para evaluar y manejar urgencias de cefalea, donde los hallazgos y condiciones para seguir un padecimiento de carácter secundario, se asociaban con el dolor intempestivo, insoportable y permanente, y con los antecedentes de pérdida de conocimiento, síntomas todos interpretados en forma errónea por el juzgador como un simple dolor de cabeza primario, cuando la historia clínica ni siquiera registraba una valoración exhaustiva con énfasis en el fondo del ojo y en las alteraciones pupilares. Por tanto, manifestó, se requerían, entonces, exámenes adicionales a fin de establecer el accidente cerebrovascular;

En cuarto a las fórmulas prescritas como contentivas de un inadecuado tratamiento aplicado para el diagnóstico, expuso que los medicamentos formulados no mitigaron la dolencia presentada, al paso que uno de ellos, el naproxeno, estaba contraindicado a un riesgo de ataque cardíaco o a un accidente cerebro vascular.

Por último, respecto a la historia clínica del Hospital San José, que esta era demostrativa de una atención médica tardía y negligente de las entidades demandadas, al resaltarse “un cuadro clínico de 8 días de evolución, dado por episodio sincopal (pérdida de conocimiento), precedido de tinnitus acompañado de disminución de la fuerza y sensibilidad del hemicuerpo derecho, alteración del campo visual”.

- Argumentos y decisión de la Corte: para la Sala, contrariamente a lo confutado a lo largo en los cargos propuestos por el recurrente, los síntomas presentados por la actora, no eran los “mismos”. Luego, lo revelado por las historias clínicas corresponde a circunstancias y síntomas diferentes a los diagnosticados en la guía de manejo de la patología.

La Corte explicó que poniendo de presente las divergencias, se podía observar como conforme a la guía de manejo del malestar en urgencias, entre los hallazgos y condiciones que apuntarían hacia la presencia de una causa secundaria de cefalea, se encuentra el “examen neurológico anormal”. Y en la historia clínica de 21 de mayo de 2003, se consigna que no había “déficit neurológico”; y en la de 22 de mayo de 2003, “neurológico normal”; por lo cual, consideró que carecía de fundamento el error señalado por el recurrente.

Así, la Sala tuvo en cuenta que, en la citada guía de manejo de la cefalea secundaria, se asocia su causa a una enfermedad, pero en ninguno de los documentos provenientes de las convocadas, respecto de los cuales en el cargo se sostiene, en general, que contienen “correctamente” los síntomas, se da cuenta de un factor de riesgo,

Por otro lado, detalló que la consulta, tanto del 21 de mayo de 2003, como del día siguiente, tuvo lugar por cefalea, vértigo y disestesias, esto es, sin ninguna alteración motora ni visual. En cambio, la del 26 de mayo de 2003, obedeció al aparecer “(...) posteriormente (...) disminución en la fuerza y sensibilidad del hemicuerpo derecho más alteración de la capacidad visual campimétrica”.

Por último, precisó que la patología diagnosticada el 21 y 22 de mayo de 2003, frente a síntomas de la paciente, al decir del cargo, “correctamente” insertados, aludía a una “crisis de ansiedad y migraña clásica”, y a una “neurosis ansiosa y migraña clásica” y si el cuadro clínico exteriorizado por la actora respondía a una cefalea, acompañada de vértigo y disestesias, en la guía de manejo de la dolencia, esas, precisamente, eran sus características.

Luego, concluyó que la censura se edificó en el marco de las suposiciones.

- Agentes y fuentes de consulta de la lex artis: guía de manejo hospitalaria para enfermedad y dictamen pericial.

- Medios de prueba utilizados para demostrar el cumplimiento o incumplimiento de la lex artis médica: en esta sentencia se registra el empleo de la historia clínica y de fórmulas médicas. No obstante, recordó la Corte, a modo de aclaración, que a través de Sentencia 183 de 26 de septiembre de 2002, expediente 6878, que existiendo en la materia libertad probatoria y al ser el juez ajeno al conocimiento médico, ésta tiene sentado que “(...) un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar (...) sobre las reglas (...) que la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga (...)”. A lo cual sumó, de la misma providencia, que “Las historias clínicas y las fórmulas médicas, por lo tanto, en línea de principio, por sí, se insiste, no serían bastantes para dejar sentado con certeza los elementos de la responsabilidad de que se trata, porque sin la ayuda de otros medios de convicción que las interpretara, andaría el juez a tientas en orden a determinar, según se explicó en el mismo antecedente inmediatamente citado, “(...) si lo que se estaba haciendo en la clínica era o no un tratamiento adecuado y pertinente según las reglas del arte (...)”.

En ese orden, según la Sala, las historias clínicas y las fórmulas médicas, por lo tanto, en línea de principio, por sí, no serían bastantes para dejar sentado con certeza los elementos de la responsabilidad de que se trata, porque sin la ayuda de otros medios de convicción que las interpretara, andaría el juez a tientas en orden a determinar “(...) si lo que se estaba haciendo en la clínica era o no un tratamiento adecuado y pertinente según las reglas del arte (...)”.

Consecuentemente, se advierte, que tratándose de asuntos médicos, cuyos conocimientos son especializados, se requiere esencialmente que las pruebas de esa modalidad demuestren la mala praxis.

- Carga probatoria del cumplimiento de la lex artis médica: la Sala no consideró en esta ocasión la obligación de demostrar el cumplimiento o incumplimiento de lo dispuesto por la lex artis.
- Función de la lex artis: según la sentencia esta constituye un límite para las actuaciones de los médicos y, a la vez, constituye un criterio de normalidad como límite para saber si existió un desbordamiento de la idoneidad ordinaria.

### **Análisis de una muestra de sentencias del Consejo de Estado**

A continuación se realizará un análisis de una muestra constituida por tres sentencias de esta alta Corporación, proferidas entre los años 2008 y 2012. En cada sentencia revisada, se analizaron los principales hechos del caso, el problema jurídico, así como los principales argumentos de la decisión de los jueces, teniendo en cuenta las distintas instancias judiciales que atravesó el proceso hasta llegar al Consejo de Estado.

#### **A. Consejo de Estado. Sentencia de 30 julio de 2008. Sección Tercera. M.P. Myriam**

**Guerrero De Escobar. Radicación número: 20001-23-31-000-1998-00197-01(15726).**

- Parte demandante: Gilberto Antonio Henríquez Monterrosa; Pedro Angel Mendoza, Gustavo Emilio, Yulieth Emma, Rosa Linda, Linda Rosa, Silenys Esther, Eduardo Fabio Henríquez Mendoza, Nancy Remedios, Emelina, Leonel, Angel, María, Pedro Angel, Bolívar Luciano, Arquímedes Concepción, Auri Estela y Magali Mendoza Olivella.
- Parte demandada: Instituto de los Seguros Sociales.
- Hechos del caso: la señora Lenis Esther Mendoza Olivella figuraba como derecho - habiente de su cónyuge, el señor Gilberto Henríquez Monterrosa, en la Seccional Cesar del

Instituto de Seguros Sociales y por esa razón recibía los servicios de salud por parte de la referida Entidad. A la señora Lenis Esther Mendoza Olivella se le diagnosticó Cistorectoceles Grado II (descenso de la vejiga), después de un año de consultas y exámenes, determinándose la necesidad de someterla a cirugía (colpoperineorrafia).

La señora Lenis Esther Mendoza Olivella recibía atención médica por parte del Instituto de Seguros Sociales - Seccional Valledupar como derecho – como habiente del señor Gilberto Enriquez Monterrosa, desde el 28 de septiembre de 1992, acudiendo por molestias en el aparato genito urinario y con antecedentes de hipertensión arterial.

La mencionada paciente fue intervenida quirúrgicamente el día 6 de diciembre 1993 en la Cooperativa Integral de Medicina de la Costa Atlántica “Coomedica”, bajo el diagnóstico de Cistorectoceles Grado II, la atención fue prestada en virtud del contrato de prestación de servicios ISS - Cesar y Coomedica.

En el acto quirúrgico para corrección de Cistocel GII, después de la aplicación de Pentotal, hace cianosis central y periférica, con hipotensión, bradicardia y paro respiratorio, del cual sale con maniobras de resucitación, pero en estado de coma.

La autopsia reveló marcada atrofia cerebral y el estudio histopatológico sustentó la conclusión de Encefalopatía Hipóxica.

La señora Lenis Esther Mendoza Olivella, falleció el día 19 de enero de 1994.

- Problema Jurídico: ¿Es responsable la parte demandada de indemnizar a la parte demandante como consecuencia de presuntos daños materiales y morales que le son atribuidos por supuesta mala praxis médica, a título de falla en el servicio, que habría conducido a la muerte de la señora Lenis Esther Mendoza Olivella por inducción anestésica previa a acto quirúrgico?

- Decisión de primera instancia: en sentencia de 15 de septiembre de 1998, el Tribunal Administrativo del Cesar, negó las pretensiones de la demanda en los términos transcritos en precedencia. A juicio del Tribunal, no se estructuraron los elementos de responsabilidad por falla en la prestación del servicio médico que se endilga a la entidad demandada, teniendo en cuenta que los hechos por los que los demandantes solicitan ser indemnizados, no la constituyen, dadas las especiales condiciones en las que éstos se produjeron.
- Argumentos sustanciales del recurso de apelación: el recurrente pidió que se revocara la sentencia del Tribunal Administrativo del Cesar para que, en su lugar, se declarara responsable a la entidad demandada por la muerte de la señora Lenis Esther Mendoza Olivella, teniendo en cuenta que el ente demandado no probó su diligencia y cuidado en la prestación del servicio médico.
- Argumentos y decisión del Consejo de Estado: según dicha Sección del Consejo, no obró prueba sobre registro que demostrara la plena observancia del procedimiento establecido para la valoración pre - anestésica, lo que implica un desconocimiento de la lex artis que gobierna la práctica de la profesión médica en la especialidad de anestesiología.

El Ad quem consideró finalmente que la señora Lenis Esther Mendoza Olivella presentó una reacción desfavorable al acto anestésico, lo cual, sumado al hecho de no haberse agotado correctamente los procedimientos previos recomendados para la buena práctica de la anestesiología como ciencia - protocolo adoptado por la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación (SCARE)-, devino en una omisión que compromete la responsabilidad de la entidad demandada. Así, en este orden de ideas, se evidenció, de conformidad con el cuestionario absuelto por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias forenses, que la paciente sufrió una



depresión cardiorrespiratoria secundaria a la inducción anestésica, razón de la cual se deriva una falla en la prestación del servicio médico.

Agentes y fuentes de consulta de la lex artis: Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses y protocolos establecidos por la sociedad médica especializada.

- Medios de prueba utilizados para demostrar el cumplimiento o incumplimiento de la lex artis médica: historia clínica.
- Carga probatoria del cumplimiento de la lex artis médica: en este caso, el Consejo de Estado aplica la regla de la carga dinámica de la prueba. Para esto se remite a sentencia de esta misma corporación Consejo de Estado – Sección Tercera - Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio, radicación 15772, sentencia de 31 de agosto de 2006. Actor: Maria Olga Sepúlveda Ramírez, Demandado: Hospital Ramón González Valencia, en la cual aduce:

*“Por eso, de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño. Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del*

*servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente”.*

- Función de la lex artis: la Sección Tercera del C.E. atribuye a la lex artis la función de gobernar las actuaciones de los médicos, de manera que de su observancia o su inobservancia, como una norma, se puede colegir el compromiso de la responsabilidad del prestador de servicios médicos que se demanda. En este orden, se puede advertir de las consideraciones de dicha Corporación, que la lex artis funge como un criterio orientador de la conducta de los profesionales de la medicina y que, posteriormente, servirá para establecer si se cumplió y, así, para determinar si existe responsabilidad por daños eventualmente causados.

**B. Consejo de Estado. Sentencia de 21 de septiembre de 2011. Sección Tercera. Subsección**

**C. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación número: 66001-23-31-000-1999-00520-01(20645).**

- Parte demandante: Gladys Marín Orrego, obrando en nombre propio y en representación de sus hijas menores Carolina Rodríguez Marín y Paula Andrea Rodríguez y del señor Reinel Antonio Palacios Casablanca.
- Parte demandada: Instituto de los Seguros Sociales
- Hechos del caso: encontrándose la Sra. Marín Orrego en estado de embarazo, el médico Arturo Reyes dio orden para que fuera operada el día del parto, esto es, el 21 de mayo de 1997, razón por la cual la paciente se dirigió a la Sala de Partos y un médico negó la atención sobre el supuesto que si no tenía dolores debía regresar a la casa. Entonces, la paciente solicitó la

realización de un monitoreo debido a que se sentía mal, además porque exhibió la orden de cesárea, sin lograr ser atendida. En vista de la negativa de la atención, debió regresar a su residencia, indispuesta, pero sin dolores de parto.

El 23 de mayo de 1997 la paciente empezó a expulsar un líquido verde, hecho que fue puesto en conocimiento de las enfermeras desde ese mismo día a las 7:30 A.M.; sin embargo, a pesar del estado de salud, solo fue atendida a las 2:30 p.m., momento en el cual empezaron a efectuar un monitoreo para concluir que la bebé no tenía frecuencia cardiaca, y concluyeron que había fallecido.

Sucedido lo anterior, se procedió con la aplicación de Pitocin a la paciente, bajo el supuesto de que la criatura debía nacer vía vaginal. Así mismo, las enfermeras conocían que la criatura era macrosomática; es decir, no debía nacer vía vaginal sino mediante el procedimiento de cesárea.

Sobre esto, la demanda instaurada alude a que los médicos tratantes tenían pleno conocimiento de las siguientes circunstancias que presentaba la paciente durante el embarazo: que la paciente presentaba toxoplasmosis anterior al embarazo, por este motivo existen constancias de aborto anterior; que la paciente presentaba un hipotiroidismo severo; que se trataba de un embarazo de alto riesgo; que no fue atendida por un ginecobstetra; que no se contaba con valoración del mismo especialista; y, también, que pusieron en peligro la vida de la madre cuando se ordenó inducir el parto con pitocin, ya que no tuvo en cuenta el problema endocrino de la madre y la macrosomia fetal que ocasionó el sufrimiento fetal agudo, con su posterior pérdida.

- Problema Jurídico: ¿Es imputable la responsabilidad a la entidad demandada por el fallecimiento del feto que estaba por nacer de la señora Gladys Marín Orrego?

- Decisión de primera instancia: en sentencia del 29 de marzo de 2001 el Tribunal denegó las pretensiones de la demanda, considerando que la responsabilidad médica tiende a ser objetiva cuando el inicio del proceso de embarazo se presentaba de manera normal. Así, en el presente caso se tiene que, de acuerdo con la historia clínica, el embarazo fue normal, se practicaron los exámenes indicados teniendo en cuenta sus antecedentes y que para el 21 de mayo de 1997 no había iniciado trabajo de parto, a pesar de estar en la semana 40 de gestación, la cual se puede extender hasta la semana 42, razón por la que el médico que la atendió decidió esperar.

Consideró el Tribunal que la causa de la muerte del feto en el útero materno fue el hipotiroidismo padecido por la madre y no por la falta de atención médica, y que dicha enfermedad no fue detectada por los médicos durante el embarazo, de acuerdo con el dictamen de medicina legal. Así mismo, consideró dicha corporación que respecto a esta enfermedad padecida por la señora Marín Orrego, tal y como se desprende del dictamen médico, no era posible detectarla durante el embarazo.

Sobre la falta de actividad uterina, menciona el Tribunal que ésta implicaba que no había iniciado el trabajo de parto y que, según el dictamen de medicina legal, la fecha aproximada del parto se encuentra entre la semana 37 y 42, por lo tanto, si las condiciones de la paciente el día 2 de la semana 40 eran normales, nada en la historia clínica hacía presumir que debía inducirse el trabajo de parto o practicarle cesárea, razón por la cual llevó al médico esperar, pues tenía un rango de dos semanas, hasta la semana 42.

Por lo anterior, concluyó el Tribunal que la entidad actuó según las disposiciones médicas en estos casos y que, según el dictamen elaborado por Medicina Legal, el I.S.S. en el presente caso puso a disposición todos los servicios científicos y administrativos que tenía.

- Argumentos sustanciales del recurso de apelación: contra lo así decidido se alzó la parte demandante con escrito del 17 de abril de 2001, argumentando que quedó acreditado que la paciente asistió a los controles prenatales, el desarrollo del embarazo fue catalogado normal, los factores previsibles de riesgo pudieron ser detectados y corregidos a tiempo. Así mismo, indicó que en el presente caso siempre se expuso que el 21 de mayo de 1997 -fecha en la que, precisa, debió haberse practicado el parto- el médico tratante encontró que no había actividad uterina, sí había fetocardia y que el embarazo estaba a término; sin embargo, no entendió el recurrente por qué la paciente fue remitida a su casa bajo la instrucción de que regresara el 23 del mismo mes y año. Por tanto, respecto a la decisión del Tribunal, se refiere en el sentido que este justificó la conducta médica desarrollada, atendiendo el criterio que los mismos médicos exponen, es decir, que se podía aplazar el trabajo de parto, sin que esto presentara problemas para la paciente y la criatura, pero que el resultado fue contrario, por cuanto ésta última falleció.

Para el recurrente, en este caso no resultó exacto el dictamen médico porque la paciente de haber sido atendida a tiempo, esto es, cuando se detectó la falta de actividad uterina, el feto hubiere sobrevivido sin lugar a dudas y en el peor de los casos, hubiera nacido con trastornos de alguna índole y que, por ello, no dejaba de ser una persona con todo el derecho a vivir.

Así, la parte accionante no aceptó lo manifestado por el a quo, respecto a que la causa de la muerte del feto en el útero materno haya sido el hipotiroidismo, por cuanto consideró que no es la causa eficiente de la muerte, sino una enfermedad general que en casos muy severos puede conllevar a complicaciones congénitas del feto en los casos de mujeres embarazadas, y en segundo lugar, porque en el presente caso aun antes de detectarse la enfermedad, los médicos conocían de la ausencia de actividad uterina, y sin embargo, no prestaron la atención inmediata y solo fue remitida la paciente a su casa, sin importarles el sufrimiento fetal (meconio) que se

manifestó con la presencia de líquido verdoso, hecho que fue puesto en conocimiento a los médicos.

- Argumentos y decisión de la Consejo de Estado: manifiesta la Sección Tercera, de acuerdo con la valoración conjunta de las mismas pruebas, que se constató, también, que la enfermedad tiroidea que padecía la señora Marín Orrego no pudo ser diagnosticada durante el proceso de embarazo, debido a que los síntomas de este tipo de padecimiento se confunden con aquellos del mismo embarazo, atendiendo lo revelado en el dictamen emitido por Medicina Legal. Por tanto, desde esta perspectiva, la madre padecía una enfermedad que, por su carácter insidioso, impedía que se revelaran sus manifestaciones sintomáticas o, que en ocasiones se confundieran con aquellas propias al embarazo.

Consideró la Corporación que apreciado el dictamen pericial con el mayor rigor, se observó que este arroja como sustento que la existencia de la enfermedad tiroidea de la madre representó el factor determinante para el deceso o fallecimiento del feto, lo que condicionaba la prestación del servicio, el cual, hasta el momento de la intervención, se correspondió con los protocolos y exigencias legales, reglamentarias y de la ciencia médica, y ante el desconocimiento de la mencionada enfermedad como factor de riesgo preponderante, el servicio de salud no podía prestarse más allá de las obligaciones de medio exigibles por la ciencia médica, que es la que, como lo revela el propio dictamen pericial, plantea como de difícil diagnóstico y valoración el hipotiroidismo.

Así, conforme a lo anterior, observó la Sección Tercera que no se demostró la falla en el acto obstétrico, ni su atribución fáctica y jurídica a la entidad demandada, ya que se trató de un embarazo que no podía desarrollarse en condiciones normales ante la existencia de una enfermedad de base, el hipotiroidismo de la señora Marín Orrego, sino que la entidad demandada

prestó el servicio médico obstétrico conforme al convencimiento invencible, por parte de los médicos tratantes de la misma, de que se trataba de un embarazo normal, respecto del cual se ofreció la atención prenatal, exámenes paraclínicos, consultas, procedimientos y seguimiento que estaba ordenado conforme a las exigencias legales, reglamentarias, y científicamente acreditadas, sin que hubiera sido posible razonable y proporcionalmente para la entidad demandada advertir la existencia de la enfermedad tiroidea, por su naturaleza insidiosa y por su capacidad de ocultarse en los síntomas propios al embarazo, tal como se sostuvo en el dictamen médico legal.

En ese orden, dicha sección consideró que de la apreciación conjunta y armónica de la historia clínica y del dictamen médico legal, se llegó a la conclusión según la cual la muerte del feto se debió al hipotiroidismo y, que, pese a no diagnosticarse durante el embarazo, por cuanto usualmente los síntomas se confunden con los normales de aquel, no puede decirse que el mismo falleció en el transcurso de la prestación del servicio. Contrario a ello, el 23 de mayo de 1997 al ingresar la paciente inmediatamente se verificó la frecuencia cardiaca del feto siendo negativa la misma, motivo por el cual se inició todo el procedimiento tendiente a verificar el bienestar del feto y de la madre, y al no tener presencia de la fetocardia fue necesario iniciar el proceso de parto y posterior cesárea conforme a lo consignado en la historia clínica, procedimiento que también el dictamen médico legal consideró ajustado a los parámetros médicos utilizados y aceptados.

Así las cosas, consideró la Sección Tercera del C.E. que no obró prueba de la falla en el servicio por el acto obstétrico que indicara que la muerte del feto hubiere sido consecuencia de la atención médica suministrada por la entidad demandada a la madre en el momento del parto, razón por la que no se declaró la responsabilidad patrimonial del I.S.S., y, consecuentemente, confirmándose la sentencia proferida por el tribunal.

- Agentes y fuentes de consulta de la lex artis: el Consejo de Estado consulta al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el cual establece:

El diagnóstico clínico de las enfermedades tiroideas durante el embarazo es difícil, debido a las modificaciones de la función tiroidea y a los síntomas y signos de hipermetabolismo que ocurren normalmente durante la gestación. Estos cambios pueden ocultar los signos sutiles de hipotiroidismo. Por lo demás, el inicio del hipotiroidismo suele ser insidioso y las manifestaciones clásicas pueden tardar meses o años en aparecer, antes de que se hagan detectables al examen clínico

- Medios de prueba utilizados para demostrar el cumplimiento o incumplimiento de la lex artis médica: historia clínica e interrogatorio realizado a médico tratante.
- Carga probatoria del cumplimiento de la lex artis médica: conforme a lo manifestado por dicha Sala del Consejo de Estado, se colige que correspondía al demandante demostrar que existió una falla obstétrica por parte del prestador de servicios de salud.
- Función de la lex artis: según las consideraciones del Consejo de Estado, la lex artis funciona como referencia para el examen de las actuaciones médicas, con el fin de determinar su correspondencia o no con estas. Consecuentemente, los protocolos y exigencias de la ciencia, precisan las obligaciones de medio que agotan el cumplimiento de la lex artis médica.

**C. Consejo de Estado. Sentencia de 8 de agosto de 2012. Sección Tercera. Subsección C.**

**M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación número 70001-23-31-000-1993-04130-01(18613).**



- Parte demandante: José Manuel y Fabio Arturo Gómez Ortiz; María Esperanza Ciro Hincapie, en representación de su hijo menor Carlos Alonso Gómez Ciro y como sucesora procesal de Rosalba Gómez Ciro; Nubia Amparo y Fabio de Jesús Gómez Ciro.
- Parte demandada: Hospital Regional de San Marcos.
- Hechos del caso: el 12 de febrero de 1991, aproximadamente a las 3:55 P.M., Luís Fernando Gómez Ciro sufrió un accidente cercano a unas 5 cuadras del Hospital Regional de San Marcos, al ser obstaculizado por una cuerda que templaron algunos jóvenes que se divertían en las "fiestas carnavalescas". De inmediato fue trasladado a la sala de urgencias del centro hospitalario. Allí fue atendido por la doctora Carolina Cuello y por la enfermera de turno. El señor Gómez Ciro requería una traqueotomía para poder respirar y salvarse, pero no se practicó, razón por la cual falleció el día 13 de febrero de 1991 en dicho centro hospitalario.
- Problema Jurídico: ¿La muerte del señor Gómez Ciro es imputable a la entidad demandada por una supuesta falla en la prestación del servicio médico asistencial por no realización oportuna de traqueotomía?
- Decisión de primera instancia: el Tribunal Administrativo de Sucre mediante sentencia de 22 de marzo de 2000 accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, condenando al Hospital Regional de San Marcos como administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados por la falla del servicio consistente en la negligencia y omisión en que incurrió el ente hospitalario por no prestar los servicios médicos adecuados e incluso, no haberse practicado la traqueotomía que requería de suma urgencia el señor Gómez Ciro para la salvación de su vida.

- Argumentos sustanciales del recurso de apelación: contra lo decidido se alzó la parte demandada con escrito de 10 de abril de 2000 y el demandante, mediante apelación adhesiva el 6 de junio de 2000.

El apoderado de la entidad demandada en su recurso indicó que las pruebas del proceso penal, allegadas al proceso contencioso administrativo carecían de valor probatorio, por lo que mal podría decirse que con fundamento en ellas quedó probada la responsabilidad del hospital, de manera que solicitó revocar la sentencia de primera instancia.

- Argumentos y decisión de la Consejo de Estado: considerando la sala que se trató de un daño que ni la víctima, ni sus familiares estaban llamados a soportar como una carga ordinaria, ni siquiera extraordinaria, en atención al respeto de su dignidad humana y de sus derechos constitucionales a la vida ya la integridad personal, que es incuestionable en un Estado Social de Derecho, constató la existencia de un daño antijurídico.

Seguidamente, realizó la sala el juicio de imputación sobre las conductas desplegadas dentro de la atención brindada por el Hospital Regional de San Marzo. Así, se refiere en la sentencia al oficio que la doctora dirigió en su momento al director del ente demandado y en el que puso en conocimiento la insuficiencia de instrumentos o elementos en la sala de urgencias para efectuar un procedimiento médico tendiente a estabilizar la salud del paciente, procedimiento endotraqueal como medida de primera elección. Al respecto, consideró que al hacer una comparación con el escrito presentado por la médica y la copia auténtica de la historia clínica, se observa que aparecen algunos elementos similares que fueron solicitados por la profesional, sin embargo, no pasa así con otros instrumentos tales como la cánula para conectar al respirador y el equipo para su instalación. De acuerdo con lo anterior, para la Corporación, existe como primera medida un incumplimiento a las obligaciones contenidas en la ley 23 de

1981, especialmente aquellas referidas a la consignación de todos los datos necesarios y hechos acaecidos, como elemento esencial en la documentación de la actividad médica prestada en un caso concreto. Así, consideró el Consejo de Estado que el hecho de no poseer una información completa en la historia clínica se traduce en un incumplimiento de las obligaciones a las que estaba sujeta la entidad demandada de acuerdo a los preceptos consagrados en la Ley 23 de 1981, así como un indicio de la falla en la prestación del servicio médico - asistencial.

Sobre la base de lo anterior, consideró la Sección Tercera que se corrobora el hecho consistente en que, si bien la profesional médica puso en conocimiento al director del ente demandado la problemática referida a la insuficiencia de elementos instrumentales o técnicos indispensables para prestar el servicio de salud, lo cierto es que tales apreciaciones ni siquiera fueron consignadas en la historia clínica.

Por tanto, dicha corporación observó que el documento suscrito por la médica, de manera ineludible representa una falla en la prestación del servicio, por cuanto el ente hospitalario no se opuso a las observaciones y puesta en conocimiento de las deficiencias en recursos técnicos, no se opuso a la carencia de tales elementos y además no demostró a lo largo del proceso la existencia de diligencia y prudencia en el manejo de los procedimientos necesarios para estabilizar o como ocurre en el presente caso, salvar la vida del paciente.

Por otra parte, de acuerdo con testimonio rendido por el doctor Oswaldo Alfaro Tamariz y con la copia del oficio suscrito por la médica que atendió al paciente, observó que ambos son coincidentes en afirmar que era necesaria la práctica de una traqueotomía como primera medida para salvar la vida del paciente. En sentido contrario, de un lado, la profesional atribuyó su no práctica debido a la falta de elementos necesarios para ello, sin embargo, el doctor que rindió declaración expresó que pudo efectuarse dicho procedimiento con elementos rudimentarios para

que entrara aire a los pulmones y luego proceder la traqueotomía definitiva; también, advirtió la médica que dicho procedimiento debía efectuarse por una persona experta o con conocimientos, sin embargo, la Sala consideró que tal apreciación no es per se una justificación para no atender de manera completa y adecuada al paciente, máxime si al ser considerado este hospital de primer o segundo nivel, debería tener los recursos de profesionales que puedan atender una medida de urgencia.

Por último, no se explicó la Sección Tercera cómo si la misma profesional en la historia clínica determinó que la dificultad respiratoria del paciente era severa y que éste se daba golpes por la misma dificultad para respirar, situación que evidenció y dejó consignado en la historia clínica en el momento del examen físico, esto es, desde la cuatro de la tarde, y pasado el tiempo (aproximadamente entre 20 a 30 minutos) no se haya practicado una medida de extrema urgencia, porque no solo puede justificarse su actuación o inactividad por la falta de elementos para la práctica de una traqueotomía, sino que ante la gravedad del estado de salud del paciente y bajo la óptica de la lex artis, era indispensable un tratamiento inmediato aunque provisional, para que se estabilizara la salud del señor Gómez Ciro y tal como lo afirmó el declarante médico cirujano, dicha medida podía realizarse con elementos rudimentarios mientras se estabilizaba las condiciones de salud del paciente para luego proceder a practicarla de manera quirúrgica.

Consecuentemente, la Subsección observó que además del incumplimiento consistente en no llevar en debida forma la historia clínica, se advirtió una falla en la prestación del servicio médico, por cuanto Luís Fernando Gómez Ciro tenía derecho a recibir un tratamiento y procedimiento médico asistencial completo, eficiente, oportuno y necesario para su restablecimiento; contrariamente, la entidad demandada no aplicó los medios y procedimientos disponibles y de urgencia, además de la carencia de elementos técnicos y profesionales

necesarios e idóneos para la práctica de la traqueotomía con los instrumentos adecuados para ello, o en su defecto y en atención a la lex artis, con otros elementos provisionales que estabilizaran la salud del paciente, para que, posteriormente, se efectuara la traqueotomía mediante cirugía.

Con fundamento en lo anterior y de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, no observó la Sección Tercera que la prestación del servicio médico hospitalario fuera eficiente y necesaria, no solo por la carencia de elementos técnicos y recursos profesionales idóneos, que se reitera, no fueron desvirtuados por la entidad demandada, máxime cuando no contestó la demanda, sino también porque no se efectuó un procedimiento de urgencia para estabilizar la salud del señor Gómez Ciro con fundamento en la práctica de una traqueotomía de urgencia. Además, con fundamento en lo mencionado, también concluyó la Sala que no poseer una información completa en la historia clínica, se traduce en un incumplimiento de las obligaciones a las que estaba sujeta la entidad demandada de acuerdo a los preceptos consagrados en la ley 23 de 1981, así como un indicio de la falla en la prestación del servicio médico - asistencial.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado declaró al Hospital Regional de San Marcos –Sucre-, como responsable administrativamente de los perjuicios ocasionados con la muerte del señor Gómez Ciro, y, como consecuencia, obligado a indemnizar a la parte demandante.

- Agentes y fuentes de consulta de la lex artis: dictamen pericial.
- Medios de prueba utilizados para demostrar el cumplimiento o incumplimiento de la lex artis médica: el Consejo de Estado recurre al testimonio rendido por el doctor Oswaldo Alfaro Tamariz, médico cirujano, quien se presentó en el Hospital Regional de San Marcos una vez falleció el señor Gómez Ciro y, también, recurre a la copia del oficio suscrito por la médica que

atendió al paciente, Dra. Sofía Carolina Cuello Royert, de los cuales pudo observar que ambos son coincidentes en afirmar que era necesaria la práctica de una traqueotomía como primera medida para salvar la vida del paciente; y, por otro lado, la historia clínica, sobre la cual precisa el incumplimiento por parte de la médica de registrar toda la información generada durante la atención efectuada al paciente. Por tanto, respecto a esta prueba documental, recordó lo establecido en la Ley 23 de 1981, para sustentar el incumplimiento al que alude:

Conforme a lo anterior, para el cumplimiento de la obligación de elaborar una historia clínica conforme al deber normativo, deben cumplirse ciertos criterios: a) claridad en la información (relativa al ingreso, evolución, pruebas diagnósticas, intervenciones, curaciones o profilaxis, tratamientos, elementos necesarios para la realización del procedimiento, etc.); b) fidelidad en la información que se refleje y que corresponda con la situación médica del paciente y, con el período en el que se presta la atención médica; c) que sea completa tanto en el iter prestacional, como en la existencia de todo el material que debe reposar en los archivos de la entidad de prestación de la salud; d) debe dejarse consignado dentro de la historia clínica de manera ordenada, cronológica y secuencial toda la información de diagnóstico, tratamientos, intervenciones quirúrgicas, medicamentos y demás datos indispensables que reflejen el estado de salud del paciente; e) debe orientar y permitir la continuidad en la atención y proporcionar al médico la mejor información, posible, para adoptar decisiones sin improvisación para así ofrecer las mejores alternativas médicas, terapéuticas y/o quirúrgicas, siempre con el objetivo de resguardar la eficacia del derecho a la salud consagrado en el artículo 49 de la Carta Política 61.

Con fundamento en lo anterior, no poseer una información completa en la historia clínica, se traduce en un incumplimiento de las obligaciones a las que estaba sujeta la entidad demandada de acuerdo a los preceptos consagrados en la ley 23 de 1981, así como un indicio de la falla en la prestación del servicio médico - asistencial.

- Carga probatoria del cumplimiento de la lex artis médica: de acuerdo a lo manifestado por la Sección Tercera del C.E. dirigiéndose al caso concreto, se avizora una aplicación de la regla de la carga dinámica de la prueba.
- Función de la lex artis: según las consideraciones del Consejo de Estado, la lex artis funciona como un referente al cual atiende el médico para atender al paciente, y, por otro lado, la describe como un instrumento para revisar la conducta realizada por el médico.

Lo anterior se colige de dos apartes de la sentencia. En el primero, respecto a la lex artis como elemento de examen:

Por último, no se explica cómo si la misma profesional en la historia clínica determinó que la dificultad respiratoria del paciente era severa y que éste se daba golpes por la misma dificultad para respirar, situación que evidenció y dejó consignado en la historia clínica en el momento del examen físico, esto es, desde la cuatro de la tarde, y pasado el tiempo (aproximadamente entre 20 a 30 minutos) no se haya practicado una medida de extrema urgencia, porque no solo puede justificarse su actuación o inactividad por la falta de elementos para la práctica de una traqueotomía, sino que ante la gravedad del estado de salud del paciente y bajo la óptica de la lex artis, era indispensable un tratamiento inmediato aunque provisional, para que se estabilizara la salud del señor Gómez Ciro y tal como lo

afirmó el declarante médico cirujano, dicha medida podía realizarse con elementos rudimentarios mientras se estabilizaba las condiciones de salud del paciente para luego proceder a practicarla de manera quirúrgica

Y, en cuanto al segundo, en referencia a la lex artis como parámetro de actuación del médico, enuncia:

Entonces, la Subsección observa que además del incumplimiento consistente en no llevar en debida forma la historia clínica, se observa una falla en la prestación del servicio médico, por cuanto Luís Fernando Gómez Ciro tenía derecho a recibir un tratamiento y procedimiento médico asistencial completo, eficiente, oportuno y necesario para su restablecimiento. Contrario a ello, se demuestra, que la entidad demandada no aplicó los medios y procedimientos disponibles y de urgencia, además de la carencia de elementos técnicos y profesionales necesarios e idóneos para la práctica de la traqueotomía con los instrumentos adecuados para ello, o en su defecto y en atención a la lex artis, con otros elementos (provisionales) que estabilizaran la salud del paciente, para que, posteriormente, se efectuara la traqueotomía mediante cirugía.

### **Comprobación de la sujeción del acto médico a la lex artis a partir de las sentencias analizadas**

Partiendo del hecho que el acto médico implica la implementación y aplicación de conocimiento y habilidades adquiridas a través de la ciencia y la experiencia acumulada en la técnica, quien pretenda comprobar que determinado acto ha sido conforme con las reglas técnicas de la Medicina debe acudir a ellas para confrontarlas.



Por lo anterior, los medios de prueba obtenidos y los razonamientos de orden jurídico que pudieran derivarse de ellos no son suficientes para llegar a conclusiones precisas, por lo que estas requieren complementos apreciativos de quien sí domina la lex artis médica.

Sobre la base de la anterior, recurrimos a formular dos categorías de medios comprobativos del cumplimiento de la lex artis médica, teniendo en cuenta las consideraciones de las altas Cortes en su desarrollo jurisprudencial referente a las reglas técnicas de la Medicina, los cuales son las fuentes y los agentes de consulta de la lex artis médica y medios de prueba adecuados para demostrar el cumplimiento de la lex artis

La razón de la anterior clasificación atiende a la premisa consistente en que un primer grupo comprende al conjunto de apreciaciones y evidencia de carácter cognitivo y de nivel experto, que permiten determinar la adecuación o inadecuación del acto médico a las reglas técnicas de la medicina, a lo cual denominamos fuentes y agentes de consulta, y, por otro lado, a los elementos o medios destinados a reproducir información de carácter fáctico en torno a lo concretamente sucedido, sólo con las apreciaciones inmediatas de quienes prestaron la atención médica al paciente, a los cuales denominamos como medios de prueba para demostrar el cumplimiento de las reglas del arte médico.

Así, habiendo seleccionado y analizado un grupo de sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia y, como complemento, del Consejo de Estado, consideramos destacables y apropiadas estas categorías para establecer aspectos importantes respecto al tema tratado, como lo son los medios de prueba idóneos para demostrar el cumplimiento de las reglas del arte médico y a quien corresponde la carga probatoria del cumplimiento dichas reglas.

**Fuentes y agentes de consulta de la lex artis médica**

Como bien se expuso anteriormente, las fuentes y los agentes son origen de criterios necesarios para poder calificar si una conducta realizada por un profesional de la medicina, en orden a una relación médico – paciente, ha dado lugar a una mala praxis, es decir si se ha apartado de lo establecido por las reglas del arte médico.

Sobre lo anterior se ha logrado evidenciar que teniendo en cuenta que el conocimiento propio del arte médico se escapa al manejo de los sujetos procesales, estos deben acudir a quienes en realidad dominan dichos asuntos, con el fin de poder realizar juicios objetivos y dentro del espectro jurídico, sin que se omita el aspecto técnico – científico que caracteriza este tipo de litis.

En ese orden, son fuentes y agentes de consulta de la lex artis médica: los conceptos emitidos por facultades de medicina legalmente reconocidas, los emitidos por las academias y asociaciones médico-científicas, y por médicos particulares expertos en determinada especialidad médica; los dictámenes emitidos por instituciones de carácter oficial que cumplan funciones de investigación médica y de vigilancia y control en materia médica ; los dictámenes emitidos por auxiliares de la justicia o peritos médicos; la literatura médico científica especializada; protocolos, manuales o guías establecidos por asociaciones médicas o por instituciones prestadoras de servicios de salud o empresas promotoras de servicios de salud.

**Medios de prueba idóneos para demostrar el cumplimiento de las reglas del arte médico**

En cuanto a los medios de prueba idóneos para demostrar los hechos acarreados dentro de las conductas desplegadas por el médico en orden a atender al paciente, reiteramos que estos no tienen la finalidad de calificar conductas, sólo son reproducciones de las actuaciones realizadas

dentro de la relación médico-paciente, y que, comparadas con las fuentes o agentes de consulta, permiten establecer una posible responsabilidad civil si logra estructurar el elemento de la culpa.

Según la jurisprudencia analizada, son medios de prueba idóneos para demostrar el cumplimiento de lo establecido en las reglas del arte médico: la historia clínica, testimonios técnicos; ordenes, recomendaciones, compromisos o prescripciones médicas, resultados de exámenes realizados al paciente, el consentimiento informado en forma, interrogatorio a personal interviniente en el acto médico y providencias emitidas por tribunales de ética médica; así como, en general, todos los demás medios que otorguen fe de las circunstancias de orden fáctica que se consideran cumplidoras de lo establecido como reglas técnicas de la medicina, siendo que por la particularidad de la controversia de estar subsumida en ámbitos extraños al jurídico, como le es el médico, resulta de mayor idoneidad cuando estos provienen de individuos expertos en la materia médica que han participado o presenciado los hechos dentro del plano de una relación médico - paciente.

### **Carga probatoria del cumplimiento de la lex artis médica**

Respecto a la obligación de probar el cumplimiento de las reglas técnicas de la Medicina o su incumplimiento, se pudo observar que el criterio mayoritario en el transcurso del desarrollo jurisprudencial ha sido el de la culpa probada, es decir el de la obligación a cargo del demandante de probar la culpa como uno de los elementos integradores de la responsabilidad civil sea extracontractual o contractual. Sin embargo, a este criterio se ha sumado el de la carga dinámica de la prueba, con el fin de mitigar toda rigidez en la regulación de las facultades probatorias, para lo cual han tenido en cuenta tanto la Corte y como el Consejo de Estado que esta carga requiere una mitigación considerando que una de las partes se encuentra en mejor posición de probar determinado hecho, de manera que se ha recurrido a la regla de la carga

dinámica de la prueba, la cual precisa que a pesar de estar en cabeza del demandante la obligación de probar el daño, el nexo causal y la culpa, si el demandado se encuentra en mejores condiciones para probar un hecho, ya sea por mayor proximidad a los medios o por circunstancias de tecnicidad, éste deberá asumir la carga de la prueba.

### **Función de la lex artis dentro de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado**

Cotejadas las funciones que le son atribuidas a la lex artis, en un sentido general, según las muestras de jurisprudencia estudiadas, se advierte que tanto Corte Suprema de Justicia, como el Consejo de Estado, reconoce dos funciones a ésta en las diferentes sentencias, una es la de la servir como criterio orientador para que el médico tenga conocimiento de cómo debe efectuarse el acto médico determinado, y, la otra, de servir como criterio de adecuación del acto médico a las pautas que ella establece y, por otra parte,.

En ese sentido, partiendo de la premisa que la responsabilidad jurídica da origen a diversidad de obligaciones sobre la base de las consecuencias que generan determinados hechos jurídicos, en materia de responsabilidad patrimonial médica, la función que interesa e implementa la Corte Suprema y el Consejo de Estado para efectos de dirimir controversias que surgen respecto a las consecuencias nocivas que han sido causadas a un paciente dentro de una relación médico – paciente, y que trascienden al plano de un proceso judicial, es la de la servir como criterio de adecuación. Es decir, más concretamente, de acuerdo con las observaciones realizadas, en orden al estudio jurídico del elemento subjetivo de la conducta médica, realizado dentro de la revisión efectuada a cada caso por parte de la Corte y el Consejo, se pudo advertir que las reglas del arte médico sirven de referente al juez para determinar si efectivamente ha

existido culpa, en el caso de la responsabilidad civil, y falla en el servicio, en el caso de la responsabilidad patrimonial del estado.

Consecuentemente, se pudo advertir que la función de la lex artis como criterio de adecuación es transversal a todas las secciones de la responsabilidad patrimonial, esto es a la civil y a la patrimonial del Estado.

### **La lex artis en las responsabilidades de medio y de resultado**

La Corte Suprema se ha referido a la relevancia que implica el tipo de obligaciones asumidas dentro del espectro contractual de la relación médico – paciente y sus implicaciones respecto al estudio de la conducta del médico.

Así, según la Corte, partiendo de la base que la relación entre el médico y el paciente siempre se desarrolla a partir de un contrato, cuando el prestador de servicios médicos se compromete dentro de la dimensión de las obligaciones de medio, es necesario estudiar hacer uso de la lex artis para verificar si se han cumplido con dichas obligaciones y, consecuentemente, determinar si existe responsabilidad en cabeza de quien eventualmente la incumple, y, por otro lado, dentro de la dimensión de obligaciones de resultado, si se cumple con las expectativas de lo prometido al paciente, desestimando cualquier estudio del elemento subjetivo de quien brinda la atención médica.

Lo anterior se puede apreciar en la mencionada sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 5 de noviembre de 2013, emitida por la Sala de Casación Civil, con ponencia del magistrado Arturo Solarte Rodríguez, dentro de su estudio a un caso referente a cirugía estética, según la cual:

*“...puede darse las circunstancias en las que el médico se obligue a practicar la correspondiente intervención sin prometer o garantizar el resultado querido por*

*el paciente o para el que ella, en teoría, está prevista; o, también, que el profesional, por el contrario, sí garantice o asegure la consecución de ese objetivo. En el primer evento, la obligación del galeno, pese a concretarse, como se dijo, en la realización de una cirugía estética, será de medio y, por lo mismo, su cumplimiento dependerá de que él efectúe la correspondiente intervención con plena sujeción a las reglas de la lex artis ad hoc; en el segundo, la adecuada y cabal ejecución de la prestación del deudor sólo se producirá si se obtiene efectivamente el resultado por él prometido”. (Corte Suprema de Justicia, 2013, Expediente No. 20001-3103-005-2005-00025-01. ,2010).*

### **Comentarios ilustrativos sobre las nociones de indicación médica y de pautas establecidas por las reglas del arte médico en la jurisprudencia**

Para el efecto de ilustrar la diferencia de los conceptos de indicación médica y de las pautas establecidas por las reglas del arte médico, es conveniente traer a colación la mencionada sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 15 de febrero de 2017, emitida por la Sala de Casación Civil, con ponencia del magistrado Álvaro García Restrepo.

En dicha sentencia, respecto de procedimiento quirúrgico dirigido a curar apendicitis aguda padecida por el paciente, se suscitaron cuestionamientos sobre el procedimiento de aplicación de anestesia, es decir, sobre cuál era el método indicado, según las condiciones particulares y circunstancias en las que se encontraba el enfermo. Así, según dictamen pericial aportado dentro del proceso, para inducir al paciente a los efectos de la anestesia, el especialista disponía de tres alternativas de procedimiento, una era la anestesia regional central, otra la anestesia general con inducción de secuencia rápida, y, también, el de anestesia general con intubación despierto. Según las consideraciones de la Corte, dicho dictamen pericial precisó que

cada una tiene en cuenta diferentes condiciones, como los son el riesgo de regurgitación, comida en el tracto digestivo, distensión abdominal, anomalías, etc., de manera que sea más seguro y benéfico para el paciente. Por tanto, sin adentrarnos en más información de carácter médico, el profesional se encontró en el deber de verificar, según su conocimiento técnico y científico, cuál de los procedimientos o métodos es el adecuado o indicado, situación ante la cual el juzgador debía establecer si existió incumplimiento de la lex artis por error o falta en la indicación médica, a la cual hizo alusión de manera tácita dentro de sus consideraciones sobre la existencia de culpa.

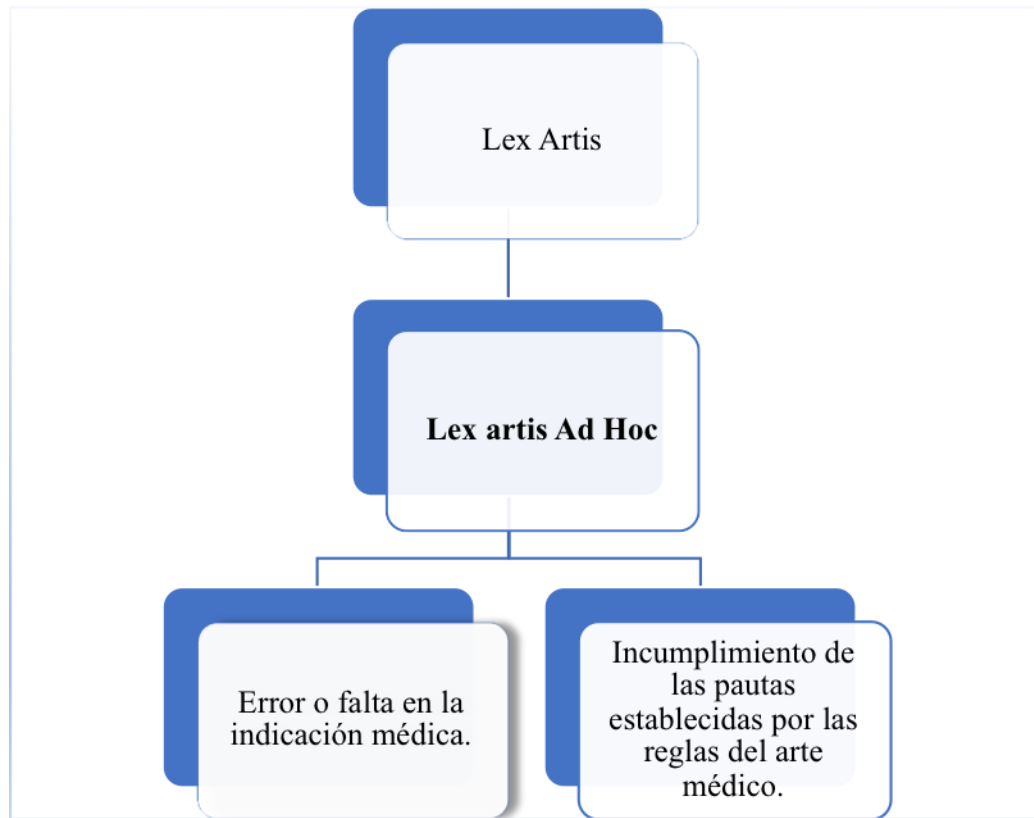
Por otra lado, respecto al mismo caso, el ad quem realizó consideraciones sobre el hecho de la extubación de paciente cuando los signos vitales no lo permitían, esto es, con bajos niveles de saturación de oxígeno dentro de intervención quirúrgica, a lo cual debemos denominar como estudio del cumplimiento o incumplimiento de una pauta establecida dentro de las reglas del arte médico, teniendo en cuenta que lo que se reprocha al acto médico no conlleva es un error o falta en la identificación del método o procedimiento adecuado a aplicar, sino la correcta aplicación de pautas que reclaman las reglas del arte médico, en orden a alcanzar la salud del paciente.

En cuanto a la jurisprudencia del Consejo de Estado, es propicia también para ejemplificar las diferencias entre la indicación y las pautas establecidas por las reglas del arte médico, la mencionada del Consejo de Estado de fecha 8 de agosto de 2012, emitida por la Sección Tercera, Subsección C, con ponencia del consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

En esa providencia, que estudia la atención médica prestada a paciente que fallece como consecuencia de un accidente de tránsito, se revisa si ésta fue desplegada al paciente de manera oportuna. Así, dentro de las consideraciones, se estableció que el paciente requería, de manera perentoria, la realización de procedimiento endotraqueal para la estabilización de su

salud, a lo cual denominamos procedimiento indicado. Sin embargo, se adujo dentro de la litis que para el momento no se disponía de los recursos técnicos para realización de intervención quirúrgica que requería el enfermo, ante lo que precisó la Sección Tercera que era necesaria la realización de una traqueotomía con prescindencia de los elementos técnicos necesarios, es decir, empleando instrumentos rudimentarios para alcanzar la estabilización de la salud del paciente, lo cual encuadramos dentro del concepto de pauta establecida por las reglas técnicas de la Medicina.





**Figura 2.** Esquema conceptual de la lex artis médica<sup>1</sup>. Elaboración propia 2018.

<sup>1</sup> Se integra en el esquema el concepto de lex artis ad hoc, teniendo en cuenta que, como se mencionó anteriormente, el mero concepto de lex artis ha evolucionado hasta la contemporaneidad, con implementación de una aplicabilidad circunstancial y considerando que la indicación médica, por naturaleza, implica tener en cuenta las condiciones presentes de salud del paciente.

### Capítulo III

#### 3.1. Conclusiones y recomendaciones

##### Conclusiones

- Son medios de prueba idóneos para demostrar el cumplimiento de la lex artis médica aquellos que conllevan un carácter y un origen técnico, teniendo en cuenta que la naturaleza de los hechos surge de la relación entre un individuo cualificado y de quien requiere de su experiencia y conocimiento.
- Son fuentes y agentes de consulta de la lex artis todas aquellas que permiten apreciar el acto médico desde la óptica experta de la técnica o la ciencia.

Consecuentemente, respecto a los hechos que implican un incumplimiento de la lex artis médica, las pruebas aportadas y los argumentos que la soportan, implican la necesidad que el juez recurra a la experticia especializada en materia médica, teniendo en cuenta que inicialmente una de las partes se encuentra en una posición ventajosa respecto al conocimiento médico. Por tanto, resulta imprescindible la recepción de un dictamen pericial o conceptos médicos especializados.

- Partiendo de una acepción con sentido general de la lex artis, se puede hablar de su incumplimiento o de una mala praxis médica, que acaece como consecuencia de la incorrecta ejecución de las pautas establecidas por las reglas del arte para un determinado método o procedimiento – lex artis en sentido estricto-, o, por una incorrección en la ponderación de los beneficios o riesgos de efectuar dicho procedimiento o método, considerando las condiciones particulares de la salud del paciente para determinar si es el indicado en la ejecución del acto médico -indicación médica-.

De esta manera, en un orden lógico, la determinación del acto médico indicado precede a la aplicación de las pautas que lo integran como un procedimiento o método.

Por tanto, es preciso hablar de la causación de una mala praxis médica, por incumplimiento de las pautas de la lex artis o por falta en la indicación médica.

- Como una derivación conceptual de la acepción lex artis en sentido estricto, surge la de lex artis ad hoc como uno más contemporáneo, concreto e integral. En consecuencia, éste debe ser usado de manera concreta en los casos de responsabilidad médica, para hacer referencia a aquel conjunto de reglas que marcan pautas que han debido ser efectuadas por el médico, considerando las circunstancias fácticas en que se encuentra el profesional de la medicina al momento de ejecutar el acto médico -indumentaria, instalaciones, ubicación geográfica, etc.-; el momento histórico en el que se subsume el estado de conocimiento dispuesto por la ciencia médica mientras se desarrolla la relación médico - paciente, el nivel de preparación especializada con que cuenta el médico respecto a la afección de salud del paciente, las circunstancias particulares del paciente; o todo obstáculo o eventualidad que escape a la voluntad del médico y que dificulte la atención adecuada; es decir, en general, éste se emplea con apreciación de toda la coyuntura dentro de la que se desenvuelve el médico al momento de ejecutar el acto sobre el cual, eventualmente, se le atribuye culpa.

- La función de la lex artis como criterio valorativo del acto médico trasciende desde la especialidad civil a la administrativa de la jurisdicción, para el efecto de determinar la existencia de culpa, pero teniendo en cuenta la variación que esta última experimenta en la denominación del elemento subjetivo dentro del ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado, razón por lo que a este elemento de la responsabilidad médica, para estos casos, nos debemos referir como falla en el servicio, la cual, también, en igual forma, requiere la verificación del cumplimiento

la lex artis para determinar si se ha faltado al deber general de prudencia o se ha incurrido en el incumplimiento de obligaciones normativas dentro de una relación médico – paciente, dentro del estudio de la existencia de culpa.

- Existirá responsabilidad civil en cabeza del médico o entidades que efectúan atención médica por incumplimiento de la lex artis ad hoc cuando, como consecuencia del incumplimiento de las pautas que le eran exigibles al profesional dentro del procedimiento indicado y de las circunstancias de hecho particulares en que se encontraba, ocasionó daños al paciente por razón de su impericia, negligencia o imprudencia.
- En cuanto a la carga probatoria, se observó una posición preponderante en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la obligación de probar la culpa médica en cabeza de la parte que demanda la declaración de existencia y reparación por una mala praxis médica, con las atenuaciones que conlleva una aplicación vigente del principio de la carga dinámica de la prueba, que dispone la obligación de probar determinados hechos en cabeza de quien se encuentre en mejor condición de probarlos, razón por la cual importa si han sido contraídas obligaciones de medio o de resultado, con el fin de determinar qué se prueba y a quién corresponde probar; es decir, si la conducta se encuentra libre de dolo o culpa y/o si ha cumplido con obligaciones normativas, o, si por otro lado, se deben probar las causales exonerativas de responsabilidad -Culpa de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor y culpa exclusiva de la víctima- por parte de quien dispensó la atención médica.
- Si bien se planteó el hecho que la lex artis integra dos funciones, una como regulativa de la conducta médica y otra como criterio valorativo del acto médico, reiteramos, es exacto plantear que la que entraña un proceso civil es la de un criterio valorativo para establecer la existencia de culpa en un acto médico, pero sólo en los casos en que se valora la conducta para

determinar la existencia de responsabilidad civil por conducta culposa del médico, es decir, en aquellos en que se han estipulado obligaciones de medio, y que no requieren aplicación de la teoría objetiva de la responsabilidad, ya que en estos casos contrarios – responsabilidad objetiva y obligaciones de resultado- no es necesario valorar la conducta, por lo que corresponde sólo al demandado demostrar la existencia de causales que lo exoneren de responder.

### **Recomendaciones**

Si bien se advierte un carácter técnico en el lenguaje médico que es usado dentro del desarrollo del análisis jurisprudencial y que escapa a la comprensión de otras profesiones, inclusive a abogados, fue necesario su empleo teniendo cuidado de no desvirtuar los hechos concretos, por el incipiente conocimiento que poseemos en esta materia. Consecuentemente, los lectores, eventualmente también ajenos a la comprensión de la jerga médica, podrán emplear la maniobra a la que hemos recurrido en el desarrollo de este trabajo investigativo, consistente en acudir a sitios web que describen los términos técnicos de una forma accesible y con dirección a la figura de un paciente, que describen las afecciones de salud y los tratamientos indicados por la ciencia médica, procurando un lenguaje sencillo y, como probable, inteligible para el neófito.

### Referencias

- Aguilera, A. (2017). Características de la medicina de hoy y sus tendencias en el futuro. Revista médica Hondureña. 39. Recuperado de: <http://cidbimena.desastres.hn/RMH/pdf/1971/pdf/Vol39-5-1971-6.pdf>
- Barona, R. (2016). Responsabilidad médica y hospitalaria. Bogotá D. C.: Leyer.
- Barona, Ricardo. (2001). Derechos y obligaciones en la Relación Médico - Paciente. Revista Médico Legal, 55-65. Recuperado de: [http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/2001/7/2/leg\\_jur\\_4\\_v7\\_r2.pdf](http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/2001/7/2/leg_jur_4_v7_r2.pdf)
- Camacho, H., Comparán, J., y Castillo, F., Manual de Etimologías Grecolatinas. México. D.F. Limusa.
- Editorial Planeta. (2004). Gran Enciclopedia Planeta. Barcelona: Planeta.
- Encyclopaedia Britannica de México S.A. (1992). Enciclopedia Hispánica. México D.F.: Encyclopaedia Britannica de México S.A.
- Ferrater, J. (1994). Diccionario de Filosofía. Barcelona: Ariel.
- Gumb, R. (1972). Rule – Governed Linguistic Behavior. Paris: Mouton.

Guzmán, F. (1998). El Acto Médico: Consideraciones Esenciales. Revista Médico Legal. 4(3).

Recuperado de:

[http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/1998/4/2/actomed\\_consi\\_v4\\_r2.pdf](http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/1998/4/2/actomed_consi_v4_r2.pdf)

Guzmán, F., Franco, E., Morales, M. y Mendoza, J. (1994). Acta Médica Colombiana. El Acto Médico. Volumen 19 (3), 139 - 149. Recuperado de

[http://www.actamedicacolombiana.com/anexo/articulos/03-1994-05-El\\_acto\\_medico.pdf](http://www.actamedicacolombiana.com/anexo/articulos/03-1994-05-El_acto_medico.pdf)

Guzmán, Fernando. (1998). El Acto Médico: Consideraciones Esenciales. Revista Médico Legal. 4(3). Recuperado de:

[http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/1998/4/2/actomed\\_consi\\_v4\\_r2.pdf](http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/1998/4/2/actomed_consi_v4_r2.pdf)

Henao, Juan Carlos. (1998). El daño. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Hernández, A. (2008). Estudio Médico Forense de la Responsabilidad Profesional Médica.

Revista de Estudios Jurídicos. 8. Recuperado de:

<https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/13/13>

Hernández, N. De la responsabilidad jurídica del médico: teoría general de la praxis médica: doctrina-legislación-jurisprudencia. Lyndhurst: Editorial Ateproca, 1999.

Herrera, F. (2008). Manual de responsabilidad médica. Bogotá D. C.: Leyer. 2008.

Hubeñak, F. (2008). La helenización de Roma como paso previo a la romanización de la ecúmene presentado en <IV Jornadas de Estudios Clásicos> de < Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Católica de Argentina>, Buenos Aires. Recuperado de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/helenizacion-roma-paso-previo-ecumene.pdf>

Instituto Científico y Tecnológico de la Universidad de Navarra. (2001). Diccionario de Medicina. Madrid. 2001.

Isaza, J. (2009). Introducción a la responsabilidad civil. Trabajo presentado en <IV Curso de formación judicial inicial para magistrados, jueces y juezas de la República> de <Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla>, Bogotá D.C.

Jornet, J. (1991). Mal praxis: aspectos legales en la relación médico enfermo. Barcelona: Ancora.

Lain, P. (1964). La relación médico - enfermo. Madrid: Revista de Occidente.

Lain, P. (1978). Historia de la Medicina. Barcelona: Salvat Editores.

Lombana, J. (2007). Derecho penal y responsabilidad médica. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.



Macia, A. (2005). La responsabilidad médica por diagnósticos preconceptivos y prenatales. Valencia: Tirant lo Blanch.

Minhot, L.; y Testa, Ana. (2003) Representación en ciencia y en arte. Córdoba: Editorial Brujas.

Monroy, M. (1996). Introducción al derecho. Bogotá D. C.: Temis.

Monsalve, V. y Navarro, D. (2014). El consentimiento informado en la mala praxis médica. Bogotá D.C.: Temis.

Montaño, P. (1986). Responsabilidad Penal de los Médicos. Montevideo: Editorial Amalio Fernández.

Olano, H. (2010). Fuentes del derecho. Bogotá D. C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Ortega y Gasset, José. (1964). Obras completas. Madrid: Revista de Occidente.

Parra, D. (2014). La responsabilidad civil del médico en la Medicina Curativa. (Tesis Doctoral). Universidad Carlos III de Madrid. Madrid, España.

Pérez, C. (2017). El dolo eventual y la culpa consciente en los accidentes automovilísticos: la perspectiva desde el derecho penal argentino. *JURÍDICAS CUC*, vol. 13, no. 1, pp. 213-232. DOI: <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.13.1.2017.10>

Real Academia Española. (2001). Diccionario de la Lengua Española. Madrid: Espasa.

Ruiz, W. (2013). Responsabilidad del Estado y sus regímenes. Bogotá: Ecoe. Ediciones.

Sánchez, A. (2003). Filosofía de la Praxis. México D.F.: Siglo Veintiuno.

Santandreu, M. (1992). Taula, quaderns de pensament. El concepto de técnica en Ortega y Gasset. N. 17 – 18. 157 - 161. Recuperado de <https://www.raco.cat/index.php/Taula/article/viewFile/70915/89902>

Searle, J. (1969). Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language. Cambridge: Cambridge University Press.

Serpa, R. (1995). Ética Médica y Responsabilidad Legal del Médico. Bogotá D.C.: Temis.

Tamayo, J. (2015). Tratado de responsabilidad civil. Bogotá D.C.: Temis.

Torré, A. (1965). Introducción al derecho. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.

Torrego, M. (1994). “The syntax of adhuc with verbal predicates”. En Herman J. (Ed.), en Linguistic Studies on Latin. Philadelphia: John Benjamins Publishing Company.

Valencia, G. (2001). La Lex Artis. Revista Médico Legal. 3. Recuperado de: [http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/2001/7/3/asp\\_resp\\_2\\_v7\\_r3.pdf](http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/2001/7/3/asp_resp_2_v7_r3.pdf)

Velásquez, O. (2009). Responsabilidad civil extracontractual. Bogotá D.C.: Temis.

### **Lista de normas**

Congreso de Colombia. (16 de febrero de 2015). Por medio del cual se regula el derecho fundamental a la Salud y se dictan otras disposiciones. [Ley 1751 de 2015].

Congreso de Colombia. (27 de febrero de 1981). Por la cual se dictan normas en materia de ética médica. [Ley 23 de 1981]. DO: 35.711.

Congreso de Colombia. (27 de febrero de 1981). Por la cual se dictan normas relativas al ejercicio de la medicina y cirugía. [Ley 14 de 1962].

Congreso de Colombia. (28 de abril de 1962). Por la cual se dictan normas relativas al ejercicio de la medicina y cirugía. [Ley 14 de 1962].

Congreso de Colombia. (28 de abril de 1962). Por la cual se dictan normas relativas al ejercicio de la medicina y cirugía. [Ley 14 de 1962].

Congreso de Colombia. (31 de mayo de 1873). Código Civil Colombiano. [Ley 84 de 1873]. DO: 2.867.

Congreso de Colombia. (31 de mayo de 1873). Código Civil de los Estados Unidos de Colombia.  
[Ley 84 de 1873]. DO: 2.867.

Presidencia de la República. (30 de noviembre de 1981). Por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1981. [Decreto 3380 de 1981].

### **Lista de jurisprudencia**

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (8 de agosto de 2012) Radicación 70001-23-31-000-1993-04130-01 (18.613), [CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Consejo de Estado, Sección Tercera, (Sentencia de 21 de septiembre de 2011). Radicación número: 66001-23-31-000-1999-00520-01(20645). [M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Consejo de Estado, Sección Tercera, (Sentencia de 30 julio de 2008). Radicación número: 20001-23-31-000-1998-00197-01(15726). [ M.P. Myriam Guerrero De Escobar].

Consejo de Estado, Sección Tercera, (Sentencia de 8 de agosto de 2012). Radicación número 70001-23-31-000-1993-04130-01(18613). [M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Corte Constitucional., Sala Plena. (1 de agosto de 1996) Sentencia C-333 de 1996. [MP. Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional., Sala Plena. (3 de mayo de 2006) Sentencia C-341 de 2006. [MP. Jaime Araujo Rentería].

Corte Constitucional., Sala Plena. (3 de mayo de 2006) Sentencia C-341 de 2006. [MP. Jaime Araujo Rentería].

Corte Constitucional., Sala Plena. (7 de septiembre de 2004) Sentencia C-864 de 2004. [MP. Jaime Araujo Rentería].

Corte Constitucional., Sala Plena. (7 de septiembre de 2004) Sentencia C-864 de 2004. [MP. Jaime Araujo Rentería].

Corte Constitucional., Sala Plena. (8 de agosto de 2002) Sentencia C-619 de 2002. [MP. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional., Sala Plena. (9 de diciembre de 2010) Sentencia C-1008 de 2010. [MP. Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional., Sala Tercera de Revisión. (8 de noviembre de 1993) Sentencia T-511 de 1993. [MP. Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (Sentencia de 17 de noviembre de 2011)

Radicación 11001-3103-018-1999-00533-01, [MP. William Namén Vargas].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (Sentencia de 30 de enero de 2001). [M.P.

José Fernando Ramírez Gómez].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (Sentencia de 19 de diciembre de 2005).

Expediente 1100131030381997-00491-01. [M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (Sentencia de 18 de diciembre de 2009).

Expediente 11001-3103-018-1999-00533-01. [M.P. William Namen Vargas].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (Sentencia de 26 de noviembre de 2010). Sala

de Casación Civil. Expediente No.11001-3103 013-1999-08667-01. [M.P. Pedro Octavio Munar Cadena].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (Sentencia de 28 de junio de 2011).

Expediente No. 05001-3103-002-1998-00869-00. [M.P. Pedro Octavio Munar Cadena].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (Sentencia de 5 de noviembre de 2013).

Expediente No. 20001-3103-005-2005-00025-01. [M.P. Arturo Solarte Rodríguez].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (Sentencia de 15 de septiembre de 2014).

Expediente No. 11001 31 03 034 2006 00052 01. [M.P. Margarita Cabello Blanco Corte Suprema de Justicia].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (Sentencia de 27 de agosto de 2015).

Expediente No. 11001-31-03-033-2002-00025-01. [M.P. Ariel Salazar Ramírez].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (Sentencia de 20 de junio de 2016).

Expediente No. 11001-31-03-039-2003-00546-01. [M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (Sentencia de 15 de febrero de 2017).

Expediente No. 11001-31-03-011-2002-01182-01. [M.P. Álvaro Fernando García Restrepo].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (Sentencia de 12 de enero de 2018).

Expediente No. 11001-31-03-032-2012-00445-01. [M.P. Luis Armando Tolosa Villabona].